65




S Tan difuſo el papel que ha dado el ſeñor Duque, ſobre el del ſeñor Marques ( deſpues de auerle tenido en ſu poder muchos meſes ) que recela la pluma reſponderle, por no aumentar nueuo trabajo a los ſeñores juezes, ſobre el que han de tener en la viſta de vn memorial tan copioſo, y de papeles tan dilatados, y eſte temor nos ha obligado à penſar dexar de hazer eſte papel; tanto por reconocer q̃ no neceſsita de reſpueſta el contrario (y hallarſe en el del ſeñor Marques preuenidas las ſatisfaciones a todo lo que en el ſe ha fundado) quanto por eſcuſar eſta moleſtia.

Pero al paſſo que deſeamos la breuedad, ſe puede incidir en otro inconueniente, de que pueda penſar el ſeñor Duque, que el no reſponder, ha ſido reconocimiento de la firmeza de ſus fundamentos: y por no dar lugar a eſtas preſunciones, nos hemos reſuelto à hazerle, tomando por diſculpa el ſentimiento de Cornelio Tacito, que con ſer tan amigo de la breuedad en los diſcurſos ( como lo afirma Plinio el Iunior en la epiſtola 20. del lib. 1. de las ſuyas, de quien refiere, que dezia: *Quod nihil ſibi in cauſis agẽdis placebat, quam breuitas, quam cuſtodiendam confitebatur, ſi cauſa permitebat* ) ſin embargo tenia por eſpecie de preuaricacion, *tranſire dicenda, preuaricatio curſim, & breuiter attingere, quæ ſunt inculcanda, infigenda, repetenda.*

Llegando pues à lo indiuidual de la informacion del ſeñor Duque la diuiden ſus Abogados en quatro articulos.

## ARTICVLO PRIMERO.

1 EL Qual comiença ex nu. 1. Y en el entra diziendo, que el ſeñor Duque funda ſu derecho en el teſtamẽto del año de 645. hecho en virtud del poder para teſtar, dexado à la ſeñora Condeſa por el ſeñor Conde Duque ſu marido, y que ſe ha de deferir la ſuceſsiõ deſtos eſtados por el, y no por el que hizo el ſeñor Cõde Duque el año de 642. por auer quedado reuocado con el que fue poſterior.

2 Y eſte diſcurſo le hazen ſobre el ſupueſto, ſolo de ſer el poder poſterior al teſtamento del año de 642. ſin reparar que las miſmas leyes en que apoyan ſu opinion, ſon las que reſiſten ſu intento, porque aunque el §. poſteriore, inſtit. quib. mod. teſtam. infirm. dize, que el vltimo teſtamento deroga al primero, es cõ vna limitacion, ſi el ſegundo *iure perfectum eſt*, y lo miſmo reconoce la l. Sancimus 27. C. de teſtament. ibi: *Sin autem in medio tempore contraria voluntas teſtatoris oſtenditur ſiquidẽ perfectiſsima eſt ſecũdi teſtamenti cõfectio, ipſo iurè prius tollitur teſtamentum.*

3 Ac proinde, para calificar ſu intento neceſsitaua el ſeñor Duque de moſtrar que el poder en que ſe funda, y las diſpoſiciones que mediante èl ſe hizieron por la ſeñora Condeſa, fueron validas, aliàs, el teſtamento primero ſe ha de tener por mejor, y no por reuocado, ex l. ſi filius 7. ff. de liber. & poſth. dõde

vn testamento hechō pōr el padre, en que el hijo fue preterido (aunque murio viuo patre) no reuocò el primero por no ser valido el vltimo, & idē deciditur in l. si iure 18. ff. de leg. 3 ibi: *Sed vix id obtinere potest fortasis ideo, quod ita demū àpriore testamēto, verum recedi, si posterius valiturum sit*. Y se reconoce, y funda en nuestro papel primero, n. 102.

4 Demanera, q̄ no porq̄ el poder para testar (q̄ se presupone auer dado el señor CondeDuque à la Señora Condesa su muger) sea posterior, se ha de tener por de tal suerte eficaz, que por solo el, y lo en su virtud obrado, se aya de dar la tenuta destos estados al señor Duque, antes se deue mirar si es mas firme, y valida la disposicion del testamento del año de 642. porque no es bastāte fundamento mostrar la parte del señor Duque otro posterior, ni el auer en el clausula reuocatoria de los anteriores, sino es que se muestre juntamente ser valido, porque por si, el ser postrero, no es capaz de derogar el antecedente, sino es que juntamente sea valido, Bart. in dict. l. si iure num. 3. vbi dixit: *Quod quādocumque ob defectum aliquem, hæreditas ex secundo testamento addiri non potest, nunquam primum est sublatum*, & post plurimos ita resoluit Pedro Surdo cons. 373. ex num. 22. Cum sequentibus volum. 3. y la razon es, *Quia quod nullum est, non producit effectum aliquem*, l. 4. §. cōdemnatum vbi Doctores, ff. de re iudicata, Mascard. de probation. conclus. 1282. num. 32. vbi dixit: *Non reuocari primum testamentum, quando secundum tale est, ex quo hæreditas addiri non potest*, y assi concluye Pedro Surdo al fin del nu. 25. *Igitur siue demus secundum testamētum ipso iure nullum esse, siue validū, quia tamen reuocari potest, non tollit primum*.

5 Y todo este consejo es singular para este caso, porque en el escriuiò, entre dos partes, que la vna se fundaua en vn primer testamento, hecho por el testador (y en fuerça del pretēdia se le deuia la herencia.) Y la otra en virtud de vn testamento segundo (mediante el qual suponia por ser posterior, y auer en el clausula reuocatoria de los antecedentes, estar con ella reuocado el primero, y que asi le pertenecia la herencia) y replicaua el del primer testamento, que el segundo no auia sido valido (porque con sugestion, y alagos auian inducido al testador à hazerle, y à reuocar el primero, y que por falta de voluntad no auia tenido valor alguno) y Pedro Surdo siguio la parte del primer testamento, y tuuo por firme esta disposiciō, por el defecto de voluntad.

6 De que se infiere no ser bastante motiuo el que el señor Duque representa para obtener en este juizio, ser el testamento del año de 645. posterior al del año 642. porq̄ miētras no mostrare auer sido valido, deue estarse al primero, y no al segundo.

7 Y tan lejos està de auerlo mostrado, que consta lo contrario de toda la serie del memorial, y que el señor Conde Duque otorgò el poder para testar en tiempo que no estaua en su entero juizio por el frenesi que padecia, causado de la enfer-

fermedad en que se hallaua: Y assi nõ pudo tener valor alguno: *Quia qui mentis, animique furore opprimuntur, à testamentaria factione omnino arcentur*, ex l. furiosum, C. qui testament. facere poss. l. filiusfamilias, §. Marcellus, ff. de testamen. §. item furiosi, instit. quib. non est permiss. facere testam. l. 13. tit. 1. part. 6.

8 Y para el mismo intento es muy aproposito la controuers. 360. de Francisco Nigro Ciriaco en el vol. 2. donde tambien huuo vna cõpetencia semejante entre dos pretensores de otra herencia. El vno fundado en vn primer testamento (en que auia clausula derogatoria de otro qualquier que despues hiziesse.) Y el otro en vn posterior (en que el testador auia reuocado qualquier otro que antecedentemente tuuiesse hecho) y Ciriaco defendiò el primer testamento, y no auer quedado reuocado por el segundo, y lo funda latamente, ex num. 45. cum sequẽtibus. Y en el 109. y 110. dize vna cosa singular (y que parece pone la hoz à la raiz de la pretension del señor Duque) scilicèt, que el segundo testamento no funda de derecho en competencia del primero: *Nisi quando est validum, secus vbi est inualidum. quia ex eo non reuocatur primum validum, quamuis disposita in primo specialiter reuocarentur in secundo, l. si iure 18. ff. de legatis 3. cum aliis iuribus*, apud Surdum cons. 373. num. 23. Y al fin de esta controuersia refiere Ciriaco, q̃ el Senado del Piamonte determinò la causa en fauor del heredero del primer testamento, y condenò al que se fundaua en el segundo, por nõ auer sido valido, ni capaz de reuocar el primero.

9 Y si el que tuuiesse por si el testamẽto vltimo fũdara de derecho en competencia del que le tuuiesse anterior, huuiera sido superflua, y ociosa la disposiciõ de la l. 3. tit. 14. partit. 6. en la qual se ofreciò la misma duda deste pleyto, donde ante el juez parecieron dos herederos, pidiendo cada vno de por si la herẽcia, en virtud de diferentes testamẽtos, el vno anterior, y el otro posterior, y se decidio, que el juez para dar la possession, no deuia atender a qual testamento era primero, ò postrero, sino a qual era mejor, y tenia mas valor, vt patet, ibi: *Estõce el juez deue ver amos los testamẽtos, è oir las razones de amas las partes, è el que mostrasse que ha mejor derecho en la heredad, aquel deue ser entregado della.*

10 Y esto es lo que en este caso deue hazer el Consejo, con la suma justificacion que siempre lo haze, adjudicando la tenuta al señor Marques, que se funda en el primer testamento, y no al señor Duque, que se funda en el posterior inualido, y nulo.

11 Y no se puede hallar mejor lugar que el de Cesar Argelo de legitimo contradictore, quæst. 2. art. 1. donde auiendo dicho en el n. 34. y 35. ser cosa dura, pretender obtener en el juizio possessorio el que pedia la possession en virtud de vn testamento primero reuocado por el segundo (que en su apariencia hazia el derecho notorio) tandẽ desde el num. 45. lleua, que no se ha de atender à las fechas de los titulos,

sino

ſino al valor dellos, y reſuelue en el num.92.y 93. *Quod ſi poſterius teſtamentum de falſo arguatur, certum quippe eſt, per illud anterius tolli non poſsit: non enim præſtat impedimentũ, quod de iure non ſortitur effectum*, y afirma lo miſmo q̃ dexamos dicho con Surdo, y Ciriaco, *quod prius teſtamentum non tollitur per poſterius, niſi illud iure valeat*, y alega la ley ſi filius, la 1.ff.de lib.&poſth.y el §.poſteriore in illis verbis, *quod iure perfectum eſt*, Inſtit. quibus modis teſtam.infirm.y concluye, *ante quam ergo excludatur inſtitutus in priori, ſanè cauſa falſitatis eſt cognoſcenda.* Y en el num. 107.dize, que en Caſtilla eſtà fuera de duda eſte punto por la ley 3.tit. 14.part.6. *Quia quando concurrunt duo cum diuerſis teſtamentis, & poſterior veniens inquit, ſe potiora iura in hæreditate hàbere, vel quia in poſteriore teſtamento inſtitutus, vel alia quauis ratione, quam ſe in continenti probaturum offerat, debet iudex vtriuſque rationes ſummarie perpendere, & eum immitere, qui potiora habet iura*; como lo dexamos dicho in prima, num. 62. & 63. con que queda euidentemente prouado, que no funda de derecho el que tiene el teſtamento poſterior por ſi, ſino el que ſe hallare con mas razon para vencer.

12 Vltra de que como ſe dixo in prima, num. 190. auiendo ſido el teſtamento del año de 642. hecho en eſcritura autentica, y ſolemne, y el de 645. nuncupatiuo, aunque no huuiera ſido nulo por el defecto del juizio, y capacidad, no fuera capaz de reuocar el anterior, no auiendoſe hecho eſpecial derogacion del, ex Antõn. Fabro de error. pragmat. 3.tom. Decad.68.error.1.

13 Y aunque en el papel del ſeñor Duque, num.7. ſe intenta reſponder a eſte lugar, no ſe halla que dezir, ſino ſolo que es ſingular el ſentir de Antonio Fabro, como el miſmo lo reconoce, dict. errore 1. ibi: *Quod neſcio an ex interpretibus quiſquam in hunc diem ante me dixerit*, como ſi el ſer ſingular le pudiera quitar la fuerça de ſu opinion califi cada con tantos medios con que la confirma.

14 En particular con q̃ quando en el poſtrer teſtamento nuncupatiuo ſe hallan inſtituidos herederos (cuyo derecho no es tan fauorable como el de los del primero) entonces no deroga el nuncupatiuo al anterior in ſcriptis, y da en el verſ. *Maxime quòd tunc*, por razon, *iuſta ſubeſt ſuſpitio, vel corruptionis teſtiũ, per quos teſtamenti nuncupatiui fides adſtruitur, vel retentæ prioris voluntatis; quaſi facto per alicuius importunitatem, & ſuggeſtionem poſteriore teſtamento, per quod non declarauerit teſtator, velle ſe receſſum à priori, ſi prioris illius voluntatis meminerat.*

15 Que es muy ajuſtado para nueſtro caſo, en que ſe halla eſtar en el primero del año de 642. inſtituido vn hijo, y todos ſus deſcendientes, y en el de 645. vn eſtraño (como lo es la muger, reſpecto de los deſcendientes del teſtador) ſin auerſe acordado dellos.

16 Y en ſegundo lugar, con que no puede ſer conueniente, ni juſto, que vn teſtamẽto ſolemne hecho con tanta premeditaciõ, ſe pudieſſe reuocar por otro que no tuieſ-

tuiesse igual solemnidad, ibi: *Non esse ferendum, vt solemne testamentum in scriptis, & cum tanta obseruatione conditum, per aliud posterius dici possit reuocatum, si non eadem solemnitates in posteriore interuenerint, quæ in priore: nã quod vulgo nostri obijciũt, non minũs valere testamentum nuncupatiuum iure ciuili, quàm quod in scriptis factum est, §. vltimo, Instit. de testam. ordin. l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem, C. eodem facilem habet responsionem, verum quidem id esse hactenus, vt testatus quis dici possit, ad excludendum*, scilicet, *spem legitimæ successionis, sed non ad euertendum æque testamentum solemne, quod cum tanta solemnitatum obseruatione prius factum probatur, argumento l. si quando, C. de inofficioso testam. difficilius siquidem est, vt testamẽtum ritè factum per posterius subuertatur, quàm, vt intestati successio impediatur.*

17 Que es tambien buen lugar para lo que mas abaxo se dirà, en orden a que en tanto se puede en duda juzgar por el valor del testamento, en quanto fuere necessario, para escusar que el testador no muera abintestato; pero quando ay otro testamento anterior, de cuyo valor no se duda, es menester mucho, para que se tenga por el segundo reuocado el primero.

18 Reconociendo el señor Duque la insuficiencia del poder para testar, procuran sus Abogados desde el num. 9. calificar con diferentes actos, auer llegado a estar executado, y tomado la señora Condesa la possession de los estados, mediante su disposicion,

19 Y para exclusion deste acto no es menester mas que aduertir que mientras viuieron la señora Condesa, y don Enrique Felipez de Guzman, hijo del señor Conde, no tenian derecho alguno los señores Marqueses de Leganes, y Morata; porque el suyo dependia del testamento del año de 642. (de que entonces no se pudo tener noticia, por auerle tenido retirado mientras viuio la señora Condesa, y no auerse manifestado hasta despues de muerto don Gaspar Felipez de Guzman, nieto del señor Conde, por la mano del Conde de Grajal, a quien la señora Condesa se le auia dado para efecto de que en muriendo D. Gaspar Felipez de Guzman, le entregasse en el Consejo) y assi qualquier acto, que en aquel intermedio hiziesse la señora Condesa, ni otro alguno en que concurriesse el señor Marques de Leganes, pudo causar perjuizio al derecho, que despues le sobreuino (que por entonces ignorò) y que aunque le huuiera sabido dependia de tantas condiciones la existencia del, ex text. in l. si a substituto 45. ff. de leg. 1. donde la compra hecha por el legatario de la misma cosa legada, no le perjudica, si ignorò al tiempo de la compra, auersele hecho el legado, y lo mismo prueba la l. fundo legato 4. ff. ad legem falcid. y por estos textos lo resuelue Marco Anton. Peregrin. de fideicommiss. dict. art. 40. n. 83.

20 Y el segundo acto que ponderan en el numer. 10. es de menos sustancia, y no resulta del aprouacion del poder para testar, imo potius, oposicion, y repugnancia visi-

ble a el, porque el señor don Luis Mendez de Haro, sin hazer caso de la pretensa disposicion del señor Cõde Duque del año de 645. pidio en el Consejo la tenuta, y possession de los estados, en virtud de la escritura de aumento de mayorazgo, hecho el año de 624. memor. num. 6. y aunque la señora Condesa se opuso en fuerça del poder para testar, pretendiendo auer quedado por heredera vniuersal del señor Conde su marido, no por esso quedò calificado por valido, imo potius, por dudoso, è inualido, porque aunque el instrumento se tenga por prouança prouada, se entiende mientras su existencia, y valor no se llega à cõtrouertir, vt post Surdum cons. 252. num. 18. & 19. vol. 2. & alios tradit Franciscus Niger Ciriaco controuers. 426. num. 24. vol. 2. vbi dicit, *quod instrumentum non probat, dum de eius viribus disputatur*.

21 Y el no auer el señor don Luis alegado expressamente el defecto de no auer estado en su entero juizio el señor Conde quando le otorgò, no pudo induzir aprouacion alguna: porque para impugnarle bastò la generica alegacion que se hizo, de no auer sido valido, y por el consiguiente no se puede inducir consentimiento de aquel acto, por ser menester que expressamente le concluya, para que se induzga, ex Bart. in l. Titium, aut Mæuiũ 47. §. altero, num. 5. ff. de administrat. tutorum, Rota decis. 115. nu. 4. vers. *Quo vero*, part. 1. nouissim. & post eos, Franc. Niger Ciriaco controuers. 139. num. 34.

22 Vltra, que el dexar de alegar el señor don Luis expressamente este defecto seria.

23 O por parecerle que bastãtemente le auia expressado, con solo auer pedido la tenuta en fuerça de la escritura anterior: porque de otra suerte no pudiera pretenderla, menos que siendo nulo el poder para testar, y assi virtualmente fue visto impugnarle por la causa que le inualidaua, y supuesto que era la del defecto del juizio, se ha de presumir auerla alegado en fuerça de antecedente al mismo poder, vt expresse agnoscit Mario Giurba decis. 77. n. 12. donde dize, que el que no puede obtener la cosa que pide, sin preceder el beneficio de la restitucion, se juzga auerla pedido, eo ipso que puso demanda, aunque no la pidiesse.

24 O por reconocer, que en la escritura del mismo año de 624. en q̃ se fundaua auia quedado la señora Condesa, por vsufructuaria de todos los bienes, mientras viuiesse; y viendo que de qualquier manera los auia de gozar por su vida, pudo suspẽder el alegar mas indiuidualmente el defecto del juizio que tuuo el señor Conde para testar, reseruando el hazerlo para adelante, quando fuesse mas conueniente.

25 Mayormente, que el señor don Luis no venia à tener mucha vtilidad, en que el señor Conde huuiesse muerto abintestato, por quãto viuian la señora Condesa de Mõterrey, y la Marquesa de Alcañizas, hermanas del señor Conde, entre quienes se auia de diuidir la herẽcia, de que no le podia tocar mas de vna parte, como a hijo de la Marquesa del Carpio su madre, y le podia ser mas

mas conueniente suceder en fuerça del testamento del año de 624. que no abintestato, y por esso insistiria en la continuacion de su derecho, y no en el otro, que no le podia aprouechar tanto.

26 Y quando por ninguna destas causas lo huuiesse dexado de hazer, y lo huuiera hecho por no auer dudado de la disposicion, no por esso pudiera causar perjuyzio al señor Marques de Leganes, por no auer sido el principal interessado en la nulidad del poder para testar del año de 645. porque en esta materia es conclusion assentada, que la nulidad de vn testamento, litigada con la persona a quien principalmente no tocò la defensa, no perjudica à los legatarios, ex text. in l. 1. ff. de except. rei iudicatæ, ibi: *Nec, si superatus fuerit legatarius, preiudicium libertati fit.*

27 Siēdo cierto, q̄ perjudicara, si la nulidad se huuiera litigado con el heredero, dueño principal de la causa, ex l. Papinianus, §. ex causa, ff. de inoficioso testamento, como lo reconocio Francisco de Claperijs en sus Centurias Fiscales, causa 66. quæst. 2. tratando de conciliar la cōtradicion destos textos, en la forma que los entendieron Bart. Bald. y Paulo de Castro ibidem.

28 Ac proinde, no auiendo sido el señor don Luis el principal interessado en la sucession de aquellos bienes, por no depender su derecho del testamento del año de 642. sino de la escritura del año de 624. no puede ningun reconocimiento suyo (aun quando le huuiera, que no huuo) causar daño a los que fuessen interessados en esta causa, pues aun la cosa juzgada, litigada con el, no hiziera perjuizio alguno.

29 Al acto de aprobacion, ò consentimiento que se supone auer hecho el señor Marques de Leganes, en auer dexado admininistrar al señor Ioseph Gonçalez, de quo num. 11. & 12. de su informacion, se halla respondido en nuestra primera, num. 246. 247. y 248. donde se fundò, que el consentimiento que con los demas prestò el señor Marques de Leganes, fue con calidad expressa de que no causasse perjuizio a su derecho que quedò preseruado con esta clausula, y tambien cō la quarta del acuerdo que hizieron los señores don Luis Mendez de Haro, y otros que con el concurrierō en 23. de Março del año de 648. en la junta que tuuieron: donde acordaron, que el señor Ioseph Gonçalez se encargasse de todo el gouierno del estado de San Lucar, y pudiesse nombrar las personas que le pareciessen necessarias, sin perjuizio de las possessiones tomadas por el señor Marques de Leganes, como se dixo in prima num. 247. y con la reserua de este perjuizio, no se puede dezir que en este acto se induxo aprouacion del poder para testar del año de 645.

30 Con que son superfluas todas las alegaciones, y brocardicos q̄ se alegan, para dezir, que el instrumēto obseruado por algunos años, no se puede despues rescindir, y que passa en perpetua fee, aunque tenga menos solemnidad de la necessaria: porque todas proceden en vn instrumento inconcusamente obseruado

por

por los sucessores, lo qual no se aplica a este que està impugnado, vt supra manet dictum cum Ciriaco dicta controuers. 426. num. 24. vol. 2.

31 A lo que se dize en el num. 19. de la informacion contraria en orden a la aprouacion de las disposiciones del año de 645. (de que el Marques de Mayrena don Gaspar Felipez de Guzman tomò la possession de todos los Estados, como heredero vniuersal de la señora Condesa) se responde.

32 Que si se acude al memorial, num. 165. se verà que la señora Condesa en 9. de Setiembre del año de 647. renunciò en don Gaspar Felipez de Guzman el vsufructo de todos los bienes, y Estados que la señora Condesa gozaua, por la reserua, y fundacion del mayorazgo hecho, para que como sucessor q̃ era dellos, tomasse la possession, sin que en toda la renunciacion aya palabra alguna de hazerla, como heredera del señor Conde Duque, y el poder que dio como tutora del menor al Marques de Taraçona, fue para hazer las diligencias en virtud de la renunciacion.

33 Y aunque el Marques de Taraçona pidio la possession, juntando ambos derechos, el de cessionario del vsufructo, y heredero vniuersal de la señora Condesa, y se le mãdò dar por ambos titulos, no por esso quedò executado el poder para testar del señor Conde, porque el pedimiento que se hizo, juntando el derecho de heredero, con el de cessionario del vsufructo, fue con excesso notorio del poder que la señora Condesa le dio, por auer sido solo para hazer las diligẽcias en virtud de la renunciacion, y assi se ha de juzgar tomada por solo el titulo, que se pudo tomar, que fue el de cessionario, vt agnoscit Ludouicus Postio decis. 116. num. 4.

34 Y tan lejos està de poderse inducir aprobacion deste acto, que antes resulta dèl total exclusion del valor del dicho poder para testar; porque si la señora Cõdesa le tuuiera por valido, no necessitaua de renunciar en don Gaspar Felipez de Guzman el vsufructo que gozaua de los estados en virtud del mayorazgo del año de 628. supuesto que con el poder para testar del año de 645. (segun su inteligencia) quedaron reuocadas qualesquier escrituras de fundaciones, hechas por el señor Conde Duque, y siendo contrarios entre si el derecho de la renunciacion del vsufructo con el de heredero vniuersal de la señora Cõdesa, y no compadeciendose el vno con el otro, no se puede pretender que la possession que tomò don Gaspar Felipez de Guzman fue como heredero de la señora Condesa, sino como sucessor del mayorazgo del año de 628. renũciado en el por la señora Condesa en 9. de Setiẽbre del año de 647. porque aunque se pueda posseer ex diuersis causis, & titulis ex l. 3. §. ex diuersis, ff. de acquirend. possession. se entiende quãdo no son contrarios, como aqui lo eran el mayorazgo del año de 628. con el poder para testar del año de 645.

35 Y que la possession corresponda solo al derecho de la renunciacion del vsufructo, y no al de here-

redero vniuersal de la señora Condesa, se conuence: porque aunque se pidio por ambas cabeças, no se presentò ante el juez papel alguno, por donde le pudiesse constar, que el Marques de Mayrena huuiesse quedado por heredero vniuersal de la señora Condesa, y solo se presentò la renunciacion del vsufructo, sin dar informacion, ni presentar testimonio de que la señora Condesa huuiesse muerto.

36 Vnde, viene a ser fuera de camino pretender que respecto de auer muerto, era ya inutil la cession por auer espirado con su muerte el vsufructo: porque nada desto se llegò a ventilar en aquel juizio sumario, y solo se atendio a darle la possession, como cessionario del vsufructo, y como sucessor del mayorazgo del año de 628. sin q̃ deste acto se pueda induzir aprouacion alguna del poder para testar, ni del testamẽto que en virtud del hizo la señora Condesa (de que no se hizo presentacion alguna, ni de que tuuo noticia el juez, ni a que pudo corresponder su auto) mas que solo a lo que se deduxo en el pedimiento, que fue la cession del vsufructo, ex l. si ex testamento 20. ff. de exception. rei iudicatæ, ibi: *Quod nec actor petere putasset, nec iudex in iudicio sensisset*, l. si cum argentum, ff. eodem, ibi: *Quia neque litigatores, neque iudex de alio, quàm de argento actum intelligant*.

37 En el num. 21. ponderan por mas concluyente aprouacion del poder para testar el auer concurrido el señor Marques de Leganes cõ su parecer en la trãsaccion que otorgò el señor don Luis Mendez de Haro con el Marques de Taraçona, en nombre del Marques de Mayrena.

38 Lo qual no fue acto de aprouacion del poder para testar: porque el concierto se hizo con el Marques de Mayrena (que sin las disposiciones del año de 645. tenia derecho al mayorazgo destos Estados, por el testamento del año de 642.)

39 Y por esta accion no fue visto aprouarse la disposicion del año de 645. mas que la del de 642. pues por ambas tenia el Marques de Mayrena el mismo derecho, y pudiendose aplicar el consentimiento inducido de la assistencia desta trãsaccion, tanto al mayorazgo de 642. quanto a la disposicion del año de 645. se deue entender de modo que no cause perjuizio al señor Marques, ex Grato cons. 17. num. 46. vol. 1. Cephal. cons. 605. num. 5. Beccio cõs. 111. num. 31. Peregrino de fideicõmis. art. 40. num. 72. ex, post eos, Ciriaco controuers. 15. num. 4. 5. & 6.

40 Y menos le pudo causar auer el señor Marques firmado la dicha escritura: porque la firma no fue como parte, ni transigente, sino como testigo, quo casu no perjudica, ex l. Gaius Seius, ff. de pignoratitia actione, ibi: *Respondit contractui pignoris non abesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expresit, signasse proponitur*, l. Titia, §. Lutia Titia, ff. de legatis 2. donde interuino como testigo el señor del esclauo, y sin embargo respondio Modestino, *fideicommissum ipso iure amissum non esse*.

41 Y por estas decisiones resol uio el Senado del Piamonte: *Quòd notarius recipiens instrumentum vẽditionis rei sibi hipothecatæ, non sibi præiudicat in hipotheca*, vt testatur Gaspar Antonio Thesauro lib. 3. quæstion.forens.quæst.31. per totã, & idem testatur Ioannes Maria Nouarius quæst. forens. part. 1. quæst. 82. vbi resoluit: *Quòd vicinus qui fuit mediator pro venditione domus sibi contiguæ, nihilominus potest intẽtare ius congrui.*

42 En cuyos lugares se halla respuesta à los textos que en su fauor ponderan los Abogados cõtrarios en el n.22.

43 Como son la l.fideiussor.§. pater, ff. de pignorat.act. en cuyo caso la cosa que se dio en prendas, era propia del hijo que firmò la escritura, vt agnoscit Nouarius vbi supra num.8. & Thesaurus vbi supra num.5. Y asi no fue mucho que le perjudicasse la interuencion, y la firma; pues cõsentia, que lo que era propio suyo, se hipotecasse, como ageno en fraude del acreedor.

44 Y la l.sicut, §. non videtur, ff.quibus modis pign.vel hipoth.sol uit. habla *in eo qui subscripsit expresse consintiendo obligationi, non autẽ vti testis simpliciter; quia si vti testis subscripsisset, vel fuisset nominatus, nõ noceret subscriptio, vel præsentia*, vt tenet glos.ibidem, verbo, *manifestæ* ita respondit Nouarius, num. 9. & Thesaurus num.4. vers. *Ad contraria.*

45 Y la distincion que se quiere hazer en el num.23. entre el que firma como testigo sin saber lo que contiene la escritura que firma, y el que lo sabe (sacada de la glossa in cap. ex litteris, de transactionibus verbo *testis*, dõde el testigo fue mediador de vna trãsaccion de vn beneficio, que despues le impetrò en Roma, como vaco, callando la existencia de la transaccion en que el mismo auia interuenido, y de que auia tenido ciencia) pudiera ser aplicable en caso que el señor Marques de Leganes tratàra de impugnar la transacciõ que el señor don Luis hizo con el Marques de Mairena, y le pudiera obstar, como le obstò al impetrante el auer sido testigo de la del beneficio.

46 Pero no tratando de impugnarla, sino de pedir la tenuta en fuerça del testamento del año de 642. no ay que atender, à si tuuo, ò dexò de tener ciencia de lo contenido en la transaccion, sino à si en ella se tratò del valor del poder para testar del año de 645.

47 Vnde, no auiendose tratado desto, sino solo, que quedassen los bienes en poder del Marques de Mairena (para q̃ en ellos despues de sus dias sucediessen las personas a quien tocasse la sucesion, conforme a la fundacion, sin dezir qual) poco importa que tuuiesse ciencia de lo contenido en ella, sino se contuuo el valor del poder para testar.

48 Y menos puede perjudicar lo que en el mismo numero 23. y 24 intentan dezir, de que para que no le causasse perjuizio este acto al señor Marques, deuia contradezirle, y protestarle, pues estaua en su mano hazerlo, supuesto que sin su parecer no se podia hazer la transacciõ, mediante la clausula del codicilo de

la señora Condesa de 7. de Setiembre del año de 647. mem. num. 142. porque se excluye.

49 Con la misma distincion q̃ haze la glossa verbo *non abesse* in d. l. Gaius vers. *Tu autem* (que en su fauor alega la otra parte) vbi dixit: Que si el contrato que se haze en mi presencia, se puede hazer contra mi voluntad, no daña entonces la presencia, ò subscripcion del dueño de la cosa, sobre que se contrata, secus quando no se puede hazer sin su cõsentimiento; porque entonces la presencia, ò subscripciõ haze daño, y para perjuizio.

50 Y aqui aunque no consintiera el señor Marques se hiziera la transacciõ, respecto de que la señora Condesa no puso por condicion el concurso del parecer de los quatro (de quien dixo se tomasse) sino por consejo, y siendo por esta via, estaua en el aluedrio de quien tenia el poder, hazer, ò no la transaccion, como lo notò el señor Molina lib. 2. de Hispanor. primogenijs cap. 13. num. 36. hablando en el successor del mayorazgo, a quien le pusieron por grauamen auerse de casar con el parecer, y consejo de alguno, donde siente que està obligado a pedirle, mas no a seguirle, a quien refiere, y sigue Molina el Theologo de iustitia, & iure, tract. 2. disputat. 614. num. 4. vers. *Si autem conditio*, & dicit communem Cenedo collectanea 58. num. 6. Hercules Marescoto lib. 1. variarum cap. 63. num. 3. Marta voto 50. & omnium latiùs Francisco Molino de ritu nuptiali part. 3. cap. 29. per totum, y interuiniẽdo el parecer de los demas, aunque faltara el del señor Marques de Leganes, se hiziera la transacciõ, segun lo qual la presencia, y firma del señor Marques de Leganes, no le puede causar perjuizio, pues sin el se podia hazer el acto.

51 Y aunque el mismo Gaspar Antonio Thesauro dicta quæst. 31. num. 7. tuuo por dudosa la resolucion de la question en que escriuio en fuerça de la distincion de la glosa in dicta l. Gaius: tandem, reconocio en el num. 10. *Quod Domini Senatus fuerunt in opinione, quod non censeatur remissum pignus, & præiudicatum non sit hipothecæ, ex receptione instrumenti facti per notarium.*

52 Y Pedro Surdo en la decision 302. tratando la question, *vtrũ creditor præsens obligationi rei sibi obligatæ, censeatur remitere pignus*, resuelue desde el num. 3. *quod ius pignoris non censeatur remissum*, y dize, *quod Senatui Magis placuit posterior hæc opinio*, y en el num. 9. responde a la distincion de la glosa in dicta l. Gaius, *quod fabet huic opinioni*, dando por razon: *Quod debitor potest inuito creditore rem illi obligatam, alij quoque obligare*, y reconoce que por mas que la glosa *loquitur de eo qui contradicendo, poterat impedire, & ponat exemplum in pignore, tamen non agit ibi de remissione pignoris, nec loquitur quando creditore presente, res obligata sibi, alij obligatur, sed loquitur de eo qui domino presente rem alienam obligat, is enim dominus sibi præiudicat tacendo, quia contradicendo potuisset impedire*, lo qual es totalmente disimil de nuestro caso, porque en el, ni se transigia el valor del testamento del año de 645.

en-

ni cosa que tocasse al señor Marques de Leganes, por viuir como viuia entonces don Gaspar Felipez de Guzman sucessor de los dichos Estados, en fuerça de las fundaciones dellos.

53 Y con lo mismo se responde a lo que se dize en el num. 27. de la informacion contraria, de que se sacaron algunos bienes de los Estados, para dar al señor don Luis, consintiendolo el señor Marques: porq̃ esto solo pudiera ser bueno para en caso que tratara el señor Marques de repetirlos, y reuocarlos; pero no trata de esso, sino de que asi como por el concierto no se quitò al Marques de Mayrena, ni al sucessor que pudo tener la sucesion destos Estados que le tocaua por el testamento del año de 642. no se le quite al señor Marques la que por la misma disposicion le toca en el caso de no auer dexado descendientes el señor Marques de Mayrena.

54 Y de la aprobacion que tābien pretenden inferir en el nu. 28. auer hecho el Marques de Morata, y su curador adlitem del poder para testar en la transaccion que se otorgò con doña Antonia de Guzman, hija del señor don Luis Mendez de Haro (en que tambien se ratificò la hecha con el señor don Luis, y el Marques de Liche su hijo mayor) no solo no se induce cosa perjudicial, sino antes muy fauorable al señor Marques, y su hijo: los quales no tenian derecho, sino es por el testamẽto del año de 642. y el dia que el señor D. Luis tuuo por necessario que ratificassen la transaccion anterior, hecha con el Marques de Mairena, fue visto reconocerlos por interessados, y por eficaz el testamẽto del año de 642. porque a no ser este su concepto, huuiera sido superflua su ratificacion, supuesto que el derecho del señor don Luis, no dependia de aquel testamento, sino solo de el del año de 624. mediante el qual introduxo el primer juizio de tenuta, luego que murio el señor Conde Duque.

55 Et miramur, que auiendo interuenido el señor Duque de Medina de las Torres en la transaccion que se hizo con doña Antonia de Guzman, hija del señor don Luis, y consentido se le diesse tan grande cantidad como se le dio; porque se apartasse del derecho que tenia por el testamento del año de 642. se atreuan sus Abogados a dezir que el señor Marques de Leganes, y su hijo tienen aprobado el poder para testar del señor Conde Duque, no auiendose tratado en ninguno dellos de aprouarle, y no ayan reparado en q̃ con auer interuenido el señor Duque en la transaccion se calificaron por el señor Duque, dos cosas. ¶ Vna, la fuerça del testamento del año de 642. (en que solo estriuaua el derecho de doña Antonia de Guzman.) ¶ Y la otra, el defecto de valor del poder para testar del año 645. (en que consistia la vnica defensa del señor Duque) y asi no quedò aprobado por la transaccion, antes reprobado.

56 Y se puede dezir que desde entonces dexaron los bienes de tenerse por posseidos por el testamento del año de 645. sino por adquiridos mediante la nueua transacion,

ex textu in l.cum ea 21. C. de transaction.donde el que transige (aunque sea para retener lo que possee) es tenido por comprador del derecho que transige, ibi: *Cum ea quæ transactionis causa, dari, aut retineri conuenit, veluti emptorem, eum, quem accipere placuerat, obtinere præscribitur.* Y por la decision desta ley impugna Matheo de Afflictis super lib. 3. feud. tit. si de feudo fuerit controuers. §. si vassallus, el vltimo, num. 13. Vers. *Nec valet argumentatis*, la distincion que Baldo hizo en ella (donde tuuo, que el vassallo que retiene el feudo, aunque transija, no se dize adquirirle por la trãsaccion, como por nueuo titulo) y dize auerse engañado el, y los que le siguieron, ibi: *Sed certe isti ita distinguẽtes, non bene dicunt, quia transactio sapit speciem emptionis, & venditionis, vt in lege cum ea, C. de trãsaction.* ibi: *Dum dicit, veluti emptorem, quæ lex loquitur, in vtroque casu, videlicet quando dedit, & quãdo retinuit, nã ille quidat pecuniam, retinendo feudum, mutat sibi causam possessionis, qui videtur habere feudũ ex causa transactionis ab eo, qui recipit pecuniam.*

57 Demanera, que tan lejos està de auer quedado aprobado con la transaccion el testamento del año de 645. que se puede dezir quedò reprobado, y calificado el de 642. pues por el derecho que del dependia à doña Antonia de Guzman, adquirieron los bienes (que dizen auer sido de la señora Condesa de Oliuares) nueua fuerça, y vigor por la transaccion que cõfirmò el referido testamento de 642.

58 Nec dicatur, q̃ cõ la transaccion no adquirieron los bienes de la señora Condesa de Oliuares nueuo titulo, antes se conseruaron en el que tenian, que era el de posseerse, como dexados por el señor Conde Duque a la señora Condesa su muger, por el poder para testar del año de 645. ex l. si profundo, C. de transaction. Porque se responde.

59 Que en este mismo texto se fundò Baldo para dezir (que el q̃ transigia sobre el feudo, y concedia algo por retenerle, no adquiria nueuo titulo) y sin embargo Matheo de Afflictis tuuo por inutil la distinciõ, y fue de parecer que la transaccion le causaua nueuo derecho, pues para gozar el feudo, no le aprouechò el titulo que del tenia, y fue menester para vẽcer la duda, dar de su parte la cantidad que concedio al que le puso el pleito, y tratò de priuarle del feudo.

60 Y no desayuda a este concepto la ley controuersia 14. ff. de transaction. donde huuo vna entre vn heredero instituido en vn testamento, con vn pariente legitimo del testador, que pretendia suceder abintestato, por no auer sido valido el testamento, en que el heredero escrito se fundaua, y se compusierõ entre los dos, dando el heredero al sucessor legitimo cierta quota de la herencia: porq̃ se apartasse del pleito, y dudaron los acreedores a qual de los dos auian de conuenir, por ser el vno heredero escrito, y el otro reconocido por tal, mediante la transaccion, pues el heredero escrito le auia dado parte de la herencia, y resoluio el Iuriscõsulto, que los acree-

dores podian conuenir a los dos, por la parte que cada vno tuuiesse de la herencia: porque el auer llegado a transigir, hizo dudoso qual de los dos era el verdadero heredero, vt patet, ibi: *Propter incertum succesſionis.*

61 Y es digno de ponderar que lo que en el caso deste texto estaua claro (que era ser el nombrado en el testamento heredero) se hizo dudoso, por auer llegado a componerse con el sucessor abintestato, vt notauit Alberico, ibidem, num. 2.

62 Donde abriendo el camino, por el qual pudiessen los acreedores introducir su derecho contra el heredero escrito, aduierte que podria replicar el heredero, q̃ supuesto que auian conuenido primero al sucessor abintestato, con quien auia transigido, deuian permanecer en su intento, por no ser posible que vn testador muriesse, parte con testamento, y parte sin el.

63 Y luego añade, que podrian los acreedores insistir en ser cierto que ninguno podia morir testado, y intestado, y que ellos ignorauan: *An fuerit testatus, vel non?* Y que la duda (en que se auian constituido) se auia causado con la misma transaccion que los dos auian otorgado, y solo veian que cada vno posseìa parte de la herencia del testador, y por ella les conuenian: *Propter incertũ succesſionis; quia incertitudo proueniebat ex facto suo.*

64 Ponderaciones que todas se ajustan a nuestro caso, pues con auer el señor Duque transigido con D. Antonia de Guzman, hizo por su parte dudosa, y inutil, la disposiciõ del poder del año de 645. Qne el en si, aun sin este reconocimiento era nulo.

65 Igitur, si la transaccion en el caso de la ley controuersia, hizo dudoso el titulo del heredero escrito, por auer dado parte al sucessor abintestato, porque se apartasse del pleyto? Con quanta mas razon en el nuestro, deue hazer dudoso el titulo del testamento del año de 645. auer el señor Duque de Medina de las Torres, llegado à dar parte tan considerable a doña Antonia de Guzman (que se fundaua en el testamento del año de 642.) porque se apartasse del pleito.

66 Vnde, auiendo el señor Duque con su hecho, aniquilado, y debilitado el derecho del poder para testar, en vano pretende oponer al señor Marques de Leganes la pretensa aprouacion, por auer interuenido en la transaccion: siendo asi, que su interuencion, solo fue para dar valor al testamento del año de 642. en que se fundaua doña Antonia de Guzman, y no al poder para testar, que el mismo señor Duque enflaquecio con la misma transaccion.

67 A lo que se dize en el n. 29. y 30. de hallarse executadas las disposiciones del año de 645. con la aprouacion del señor Marques de Leganes, auiendose pagado con cõsentimiẽto suyo diferentes legados, como fue la liberacion de los 50ꝥ. ducados que dexò a la casa de Monterrey; ofrecidos en dote a la señora Condesa de Oliuares, se halla respondido in prima numer. 249. y 254.

68 Y a la entrega, que se dize en el mismo num. 30. auer hecho de la libreria del señor Conde Duque al Colegio de Atocha, quando por el testamẽto del año de 642. la auia dexado el señor Conde Duque vinculada, no resulta consentimiento, ni aprouacion del señor Marques; porque como parece del testimonio memor. num. 1076. se hizo por auto del Licenciado don Iuan Gonçalez, administrador de la hazienda, sin interuencion del señor Marques de Leganes.

69 Y aun quando huuiera interuenido, como testamentario, no le pudiera perjudicar para el derecho que tenia a la sucessión del Estado, en virtud de la disposicion del año de 642. porque la necessidad del oficio excluye el perjuizio, ex text. in l. cum quædam, C. de administr. tutorum; l. sed si quis, ff. quæmadmodum testament. aper. Marco Antonio Peregrin. de fideicommiss. art. 40. n. 89.

70 Y con esto no ay que hazer caso de las doctrinas que se alegan en el numer. 30. 31. 32. 33. 34. y 35. para prouar que el que paga en virtud de vna disposicion inutil, es visto aprouarla, porque todas pudieran ser aplicables, si se estuuiera en caso de vn heredero, ò hijo instituido, q̃ huuiera aprobado el testamento de su padre, y pagado sus legados, pero tratando de inducirlas contra el señor Marques de Leganes, que no fue llamado en aquel testamento, ni pagò legados dexados en el, bien se dexa conocer la falta de aplicacion.

71 Maximè, que aun la paga de legados, hecha por el heredero, no aprueuà el testamẽto en el todo, sino justifica las hechas, y no siruen de consequencia para los demas legados, como lo reconoce la glossa verbo *agnoscit* in l. non dubiũ, C. de testament. ad finem, vers. *Sed numquid*, Iason. in l. & si inutiliter n. 9. C. de fideicommiss. vbi dixit: *Quia licèt sibi præiudicet quoad legata quæ præstitit, tamen non præiudicat quoad alia legata.* Pedro Surd. de alimẽtis, tit. 4. quæstion. 16. num. 27. & 28. *Quia voluntas tacita quæ ex actu colligitur, non debet vltra extendi, quã ex ipsô actu de neccessitate inferatur.*

72 Y por esso dize en el nu. 34. *Quod soluens vnum legatum, non cogitur aliàs soluere*, ita Gratian. 1. p. cap. 128. n. 7.

73 Y el mismo Mieres de Maiorat. p. 1. quæst. 55. q̃ es donde (desde el num. 25. sacaron los Abogados del señor Duque la vulgaridad de conclusiones que citan) dize q̃ por la acetacion general, no se ha de presumir auer querido el que la hizo perjudicarse en la aprouacion del fideicommisso grauosso.

74 Y en el num. 74. no haze mas de hablar sobre si con la paga de los legados, es visto aprouar el testamento, y se remite a lo que dize Iason cons. 82. vol. 3. donde en el n. 17. dize, que el consentimiento del heredero no puede dar valor al testamento que de suyo no le tuuiere, y que el que en aquel caso se interpuso fue con error, creyendo que el testamẽto era valido, y que por esso no quedò calificado por tal.

75 Y si aun las conclusiones de que se pretende valer el señor Duque tienen tantas modificaciones, res-

respecto del heredero (que es la parte formal del testamento) como podran ser aplicables? Contra quien no consintio en el valor del poder para testar, ni fue parte para calificarle por no auer sido mas de vn testamẽtario que en los acuerdos en que interuino, como tal obrò, con protestas, y con reserua de sus derechos.

76 En el num. 37. añade el señor Duque, que no solo entra en este pleito con la ventaja del testamẽto posterior, sino con otra no menos fauorable, de auer de vencer, ò en el caso claro de ser valido el poder para testar, ò en el de poderse tener por dudoso, y que solo el señor Marques, y su hijo pueden vencer en el claro de auerse otorgado estando el señor Conde Duque fuera de juizio, y que desta ventaja gozan los que fundan de derecho, ex vulgari allegatione Domini Molinæ lib. 3. cap. 4. num. 32. Sed excluditur.

77 Tùm, que dezir que el poder para testar fue posterior al testamento del año de 642. y q̃ el q̃ tiene por si el vltimo testamento, funda su intencion, queda desvanecido con lo que se dixo supra num. 4. 5. & 8. con el consejo de Pedro Surdo 373. ex num. 22. y con la controuersia 360. de Francisco Nigro Ciriaco, y lugar de Cesar Argelo de legitimo contradictore, dicta quæst. 2. art. 1. ex num. 45.

78 Et tùm, que de los dos casos en que pretende vencer el señor Duque solo en el claro podria obtener, y este no ha sucedido: porque con auer sido tanto el desvelo de los que han defendido esta causa, no hã podido reducirla, no solo a estado de claridad; però ni aun à el de duda, por estar claro el derecho en fauor del señor Marques, y assi en ninguno puede lograr el señor Duque su intento, y solo quien podrà lograrle, son el señor Marques, ò su hijo.

79 Tùm etiam, que quando estuuiera este pleito en duda, sobre qual de los opositores tenia mas justicia, no pudiera en èste obtener el señor Duque: porque aunque por la ley si pars 10. ff. de inoficioso testamento, en igualdad de pareceres, deue preualecer el que està en fauor del testamento, vt patet, ibi: *Si pars iudicantium de inoficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit quòd interdum fieri solet: humanius erit, sequi eius partis sententiam*: se entiende quando el actor que litiga pretende romper el testamento, para que el testador aya muerto sin el.

80 Secus tamen, quando la disputa es sobre qual de dos testamentos ha de preualecer, si el primero, ò el segundo, porque entonces, si el primero es claro, y no recibe duda (como no la recibe el del año de 642.) y el postrero la tiene, en tal caso, en duda se ha de pronũciar contra el segundo testamento, que la tiene, y no contra el primero que no la recibe, vt resoluit Iacobus Cancer. lib. 1. variar. cap. 4. num. 81 en la impression nueua añadida, dõde refiere à Vldarico Zasio cons. 3. ex num. 37. vsque ad 41. vbi dicit: *Quòd vbi de posteriori testamento aliquid dubitatur, licèt illud, si alliud non precederet, posset stare, verum si præcedat, nõ posse sustineri, estq; ratio;*

quia

*quia vt dicit Alexander conſ.4.num. 14.vol.7.faciliùs ſuſtinetur poſterius teſtamentum, vbi nullum præcedit, quàm ſi aliud præcedat, bene Iul. Clar. in §. teſtamentum, quæſt. 17. num.8. Ante hos videndus omnino Caſtrenſis conſ.155.in fine lib.1.vbi dicit, non eſt credẽdum teſtatorem voluiſſe vnico verbo, & ex abrupto reuocare teſtamentum ſolemne, quod appenſate, & conſiderate fecerat, imo eſſe iniquam interpretationem, vt tãmature geſta in primo teſtamento in quo perſeuerauit per plures annos; voluerit in mortis articulo reuocare; per verba, quæ dubitari poſsit; an ſint deliberate prolata*, que es lugar ſingularisſimo para eſte pleyto.

81 Y no lo es menos el de don Iuan del Caſtillo lib.4.controuerſ. cap.29.donde en el num.16. cita al Cardenal Mantica de coniecturis lib.2.cap.15.num.16.que reduce la referida ley ſi pars, a eſta inteligencia, y tambien refiere, y ſigue al Cardenal Mantica, Ceſar Manento conſ.9.n.87.88.& 89.vol.1.

82 Deſde el num.41. intentan los Abogados del ſeñor Duque, reſponder à las opoſiciones que por el ſeñor Marques ſe han hecho en nueſtro primer papel, contra el poder para teſtar, que dizen auer otorgado el ſeñor Conde Duque.

*Primera opoſicion del ſeñor Marques de Leganes cõtra el poder para teſtar.*

83 Conſiſte en no auer eſtado el ſeñor Conde Duque en ſu entero juizio, quando ſuponẽ auerle otorgado: a que procuran dar varias reſpũeſtas, que ſi lo ſon, ò no, lo manifeſtarà eſte papel.

*Primera reſpueſta del ſeñor Duque à eſta primera opoſicion.*

84 Dizen deſde el num.42.haſta el 45.que de la calidad de la excepcion del furor (que por el ſeñor Marques ſe alega) no puede conocerſe en el juizio de tenuta, y que deue reſeruarſe para el de la propiedad.

85 Y para ſatisfacion baſtaua lo que los miſmos Abogados reconocen en el num.46.de ſu papel, de que el juizio poſſeſſorio de tenuta deſpues de la ley 10. tit.7.lib.5. Recopilat.es mixto, y tiene en ſi embeuida mixtura de la propiedad, y ſiendo deſta calidad, no ſe puede negar ſer capaz de conocerſe en èl de qualquier genero de excepciones, por mas que requieran largo conocimiento de cauſa, y ſean dificultoſas en hecho, y en derecho, como lo reconocio don Chriſtoual de Paz de tenuta cap.38.n.17.

86 Y ſolo procuran en el n.50. reducirlo a que ſe pueda conocer de las que incontinenti ſe pueden prouar, y no de las que requieren largo conocimiento de cauſa, ex Domin. Molin.lib.3.cap.13.n.15.y omiten lo que por nueſtra parte ſe ha fundado in prima n.59. de que ſe admiten todas las que en el termino de los ochenta dias (ſeñalado para el juizio de tenuta) ſe prueuan.

87 Y ſobre eſte reconocimiento dizen en el num.52.vna coſa cõtraria a el, y es, que ſe engañarõ, Paz de tenuta dicto cap. 38. num. 17. y los Adicionadores del ſeñor Luis

de Molina lib. 3. cap. 13. num. 15. & 16. en fundar que en el juizio de tenuta, despues de la l. 10. se admiten todas las excepciones, aunque requieran largo conocimiẽto de causa.

88 Siendo asi que con este reparo inciden en vn absurdo (qual es) confessar que se admiten todas las que incontinenti se pueden probar, juzgãdose por probadas incõtinẽti, (las que en el termino de los ochenta dias se verifican en el juizio de tenuta, como lo afirman ambos Molinas, y Mieres, citados in prima, numer. 60.) y negar que no se admitẽ las que tuuieren largo conocimiento de causa, quando es fuerça quedar comprehendidas en el, con solo auerse prouado dentro del termino de la ley.

89 Y para conuencimiento deste reparo, ò contrariedad, no era menester mas que traer a la memoria los exemplares del Estado de Lerma, y Condado de Ossorno; y Marquesado de Poça, para que ya no se dè lugar à admitir duda sobre ello (en los quales se conocio del valor de los titulos, y se dio en juizio de tenuta la possession a los que se juzgarõ por sucessores legitimos, no obstante que las excepciones requerian largo conocimiento de causa) porque en los ochenta dias de la ley se prouaron.

90 En el num. 54. y 56. insistẽ en q̃ en los juizios possessorios sumarios no se puede tratar de rescindir el titulo aparente, y que las excepciones que miran a impugnarle, se han de reseruar para el juizio de la propiedad, ex domino Molina lib. 3. cap. 13. num. 55. vers. *Aut titulus.*

91 Y lo que habla este autor, es en diferentes terminos, scilicèt, quãdo se pretende inquietar a vn tercero posseedor, con titulo calificado, con facultad Real, y adquirido antes de la vacante, y entonces es quando siente que se ha de remitir a la Chãcilleria el conocimiento, para que se siga en la propiedad, por no litigarse entonces sobre qual de los dos opositores ha de suceder: porque si se litigara, sin duda se admitiera en juizio de tenuta el conocimiento sobre el valor, ò nulidad de los Titulos.

92 Y esto mismo es lo que reconoce don Christoual de Paz de tenuta cap. 75. num. 1. alegado n. 56. de la informacion del señor Duque, donde pone la regla que asiste al señor Marques, de que se admite en el juizio de tenuta, el conocimiento sobre la nulidad de la facultad.

93 Y solo lo limita en el num. 2. quando se trata del valor del titulo, y pone el exemplo en el mismo caso que dexamos dicho, quando vno pretende la sucesion: y el otro dize, que los bienes, sobre que la intenta, los goza con titulo dado por el vltimo sucessor (por auer en el quedado libres) y entonces es quãdo dudosamente dize: *Quòd forsam hic articulus non erit tenutæ?*

94 Pero no pone en duda el otro caso de la sucesion, antes en el num. 1. reconoce assertiuamente, no auer controuersia, ni duda alguna; en quãto a poderse conocer del valor del titulo.

95 Y el Adicionador no sigue la

la resolucion del señor Molina en el versiculo *aut titulus*, vt patet ex vers. *Nos autem*, ibi: *Quod si alienatio ab vltimo possessore maioratus facta est, Regia facultate præcedente, erit locus remedio dictæ legis 45. Tauri, ideoque Regia facultas in hoc iudicio tenutæ, impugnari poterit. Ducimur sanè, quia cum hoc iudicium sit mixtum, in eo discutiuntur ea omnia, quæ petitorium concernunt, dummodo intra terminum instantiæ, & à lege prefixum probentur. Quibus accedit, quòd in iudicio summario habente admixtam causam proprietatis, si presentetur titulus apparenter validus, admittitur replicatio nullitatis tituli*.

96 Y tiene el Adicionador por mas verdadera esta opinion, sin embargo de los Autores que alli refiere que son los mismos que se alegan en el num. 54. del papel, y dize: *Quòd in iudicio tenutæ, superior sententia verior, & receptior est, cum sit mixtum, & in eo, de omnibus exceptionibus proprietatem concernentibus, cognoscatur*.

97 Y lo que dizen en el numer. 58. de que la excepcion del furor, no se admite en el juizio possessorio, es totalmente contrario a lo q̃ dizen mas abaxo en el mismo num. 58. de que solo se admite quando incontinenti se prueba.

98 Y esto no solo no es excluir la pretension del señor Marques, sino apoyarla mas, y alegar en su fauor tanto numero de Autores, como alli citan, que cada vno de por si le es fauorable.

99 Y aunque se alargue el discurso, se referiran para que se vea sobre quan firmes principios estriua esta pretension.

100 Vt videre est per Albericum in dicta, l. finali, C. de edicto Diui Adriani, que hablando en el num. 5. del vicio inuisible, que se opone contra el testamento, dize q̃ se admite: *Si opponens paratus est, incontinenti probare, dicens hodie constat, hodie agatur*, y responde al obstaculo que se podia hazer: *Quòd exceptio requirit altiorem indaginẽ*, con añadir: *Quod vitium inuisibile, quod incontinenti probatur æquipollet visibili, quod statim se ostendit*.

101 Y el consejo 135. de Angelo num. 2. despues de poner la regla en que el señor Duque se funda: *Quòd exceptio furoris & dementiæ requirit altiorem indaginem de sui natura, vnde iudicio petitorio reseruatur*, luego pone por limitacion: *Nisi eam obijciens vellet in continenti probare*, y acaba el consejo con estas palabras: *Agat ergo petitorio, si vult vincere, nisi de furore incontinenti probetur tunc*.

102 Y Ioseph. Ludouico decis. 1. de las Perusinas (aunque habla de vna excepcion de furor, opuesta cõtra vna donacion) y se dio la possession al donatario, fue porque no se articulò, ni prouò por la parte que pedia la nulidad del furor, y por la otra parte si el sano juizio, vt patet ex num. 1. ibi: *Fuit probatum istum Franciscum esse sanæ mentis, & ex adverso, non solum non fuit probata dementia, imo nec quidem articulata*.

103 Y Menochio de adipiscẽda remedio 4. num. 745. si bien dize al fin las palabras referidas en el papel,

pel, ibi: *Ita etiam obijci non potest testatorem fuisse furiosum*; pero lo declara en el num. siguiente, que es el 746. *Vt non procedat cum probationes offeruntur incontinenti.*

104 Y el Cardenal Tuscho litt. F. conclus. 543. pone por regla en el num. 8. la misma que Menochio, y luego inmediatamente la limitaciõ de Angelo: *Nisi incontinenti offeratur probatio.*

105 Y Peregrino de fideicommissis art. 48. num. 29. en terminos de la l. 2. C. de edicto Diui Adriani, dize, que la excepcion del vicio inuisible, no se admite, *si ob aliquam dubietatem iuris, aut facti, non facillè, & promptè sint liquidabiles, sed causæ cognitionem requirant.* Demànera, que en siendo liquidables, y en cõstando incontinenti, de la excepcion siente que se deue admitir.

106 Y Boerio en la decision 23. num. 103. pone las palabras, que no se citan en el papel contrario, *nisi eã obijciens vellet in cõtinẽti probare.*

107 Y Graciano cap. 531. num. 84. tomo 3. no haze mas que referir a Boerio dicta decis. 23. num. 103. (que es de la opinion que se ha referido) y en el quarto tomo cap. 702. num. 43. confirma la limitaciõ, ibi: *Tamen hoc habet locum, quotiescumque vitium eget altiori indagine, secus quando incontinenti probatur, tunc enim hoc vitium etiam inuisibile admititur, tamquam fiat visibile per euidẽtiam rei, cum in quolibet iudicio admitatur, exceptio incontinenti probata.* Y en el numero 46. añade; *Quia in quolibet iudicio etiam executiuo, & priuilegiato obstat exceptio, quæ incontinenti docet, de non iure agentis.*

108 Y Iuan Maria Nouar. decis. 127. es todo en fauor del señor Marques: porque en su caso concurrio todo lo que el señor Duque pretende aora, scilicèt, ser su testamento valido en la apariencia, no borrado, ni cancelado, y el heredero todo lo contrario, scilicèt, continuar la possessión de los bienes que el difunto tenia. y sin embargo se le embaraçò la possession en fuerça de q̃ incontinenti se alegò la excepcion del furor. Y aunque en el num. 4. se opuso lo que aora responde el señor Duque (scilicèt, *quòd hæc exceptio non impediebat immissionem in possessionem*, y se alegaron por su parte dos de los lugares que aora alega el señor Duque, scilicet, la decision de Boerio 23. dicto num. 103. y el cap. 531. num. 84. de Gratiano) se les satisfizo con dezir: *Quòd nõ erat verum, quando incontinenti, & in promptu docetur de furore testatoris*, y con todo esso se obtuuo contra la immission.

109 Y Osascho en la decision 26. Dize en el num. 16. que se admite la excepcion, quando consta de probança, *in prõptu, vel saltim intra tempus, intra quod expediri debet iudicium summarium.*

110 Y la decision Caputaquẽse de Paulo Æmilio Veralo 342. n. 3. es del mismo sentir, porque reconoce que se admite la excepcion del defecto de ilegitimidad, quando se opone notoriamente incontinenti, y solo se reserua para el petitorio, quãdo requiere largo conocimiẽto de causa.

111 Y es de la misma opinion Farinat. decision. 387. num. 5. 1. p. re-

recentiorum, y en la 526. del mismo tomo, habla en terminos de la ley 2.C.de ædicto Diui Adriani (en que estaua el hijo preterido, y instituida otra persona estraña) y reconoce num.7. que sin embargo de ser el vicio inuisible, se auia de admitir la excepcion de la pretericion, porque incontinenti se ofrecio la prueua. Y en el num.8. pone por regla: *Quòd exceptio, quæ alias secundum naturã illius iudicij minime admiteretur, debeat admiti, si incontinenti probatur.*

112 Y Simon de Prætis de interprætat. vltimar. voluntat. dub. 1. solut.4. num. 27. pone las palabras que se refieren en el papel del señor Duque; pero al trasladarlas se dexò la pluma las que hazian en fauor del señor Marques: porque trasladaron *probatio huiusmodi oppositionis vtì requirens altiorem indaginem, reseruatur in petitorio*, y dexaron las que estauan intermedias, ibi: *Nisi in continenti offeratur*, que sino fue cautela el imprimirlas asi, fue empero gran descuydo.

113 De manera que de todos estos lugares (que por la otra parte se alegan en su fauor) consta que la excepcion del furor se admite en el juizio possessorio, si incontinenti se ofrece, y prueua.

114 Et addimus, la controuersia forense 10. de dõ Francisco Merlino, 1. tom. que habla en otro caso semejante al de la decision de Farinacio 526. de vn hijo preterido en vn testamẽto, y sin embargo de que el instituido en el, oponia la decisiõ de la ley 2.C.de ædicto Diui Adriani tollendo, y la apariencia del testamento se admitio, la excepcion de la pretericiõ, con ser vicio inuisible: porque incontinenti se ofrecio la prueba, vt patet ibi, num. 12. y toda ella es en fauor del señor Marques.

115 Y no es menos fauorable el lugar de Cesar Argelo de acquirenda possessione quæst. 3. art. 16. num. 889. donde reconoce, q̃ aunque en el testamento no conste de que el preterido era hijo: *Si tamen filius probat incontinẽti sẽ filium esse*, cessa el beneficio de la ley final.

116 No niegan los Abogados del señor Duque ser esto asi, y solo dudan en el num. 59. en si estan, ò no probadas las excepciones del señor Marques en este juizio de tenuta, y que por ser dudosas en hecho, y en derecho, no se han de determinar en este juizio, sino reseruarlas para el de la propiedad.

117 Y esto no es negar el conocimiento dellas, sino dezir, que por no estar probadas, ò dudosas, se han de quedar sin determinar, y dar la possessiõ a quien tiene por si el testamẽto del año de 645. lo qual es mas de la estimacion de los señores juezes, que de la aduertencia de los Abogados.

118 Y considerãdose el hecho, como se deue, se hallarà que estan verificadas por parte del señor Marques, y tan claras de suyo, que hasta la señora Cõdesa las reconocio, pues en su codicilo sintio la fuerça dellas, y la duda que se les opone, nace de las replicas inutiles del señor Duque: lo qual no puede ser eficaz para tenerlas por dudosas, y reseruables, como lo considerò Farinacio dict. decis. 526. tom. 1. recẽtiorum, num. 12. ibi: *Ex istis patet quod ex-*

*ceptio præteritionis ex parte filiorum Marci Antonij est incontinenti probata; & quod si remanet alliud discutiendum, quod hoc prouenit ex replicatione Domini Pirrhi, quod non facit, vt exceptio debeat reijci tanquam requirens altiorem indaginem.*

119 Y si las replicas de las partes huuierã de hazer dudosas las excepciones, no huuiera pleito que se pudiera determinar en tenuta, y todos se remitieran al juizio de la propiedad; por la dificultad que en si podria tener la determinacion.

120 Y esta misma duda fue la que ocasionò à don Christoual de Paz a disputar in dicto cap. 38. num. 24. quales excepciones son las que requieren largo conocimiento de causa, si las dudosas en hecho; ò las que lo son en derecho (en que Baldo se hallò con pareceres encontrados) y finalmente en el num. 26. reconoce que la calificacion depende del arbitrio de los señores Iuezes a quiẽ toca ver las que juzgan, por de vna, ù otra calidad: y luego en el n. 27. concluye q̃ quier seã dudosas en hecho, ò en derecho intricadas, ò de dificultosa inspeccion, no se han de reseruar para el juizio de la propiedad, sino determinarse en el de la tenuta, despues de la ley 10, *Nam sicut prædictæ exceptiones in iudicio proprietatis opposita, & probatæ; possessorem excluderent; eadem ratione ad litigatoris exclusionem in possessorio obijci possunt; cum in eo non posit obtinere, qui & in petitorio non obtineret.*

121 Y aqui todas las que se han alegado por el señor Marques, estan probadas, y son tan claras en hecho, y en derecho, que no puede auer duda alguña que embarace à dexar de determinar el juizio de la tenuta en fauor del señor Marques, por el defecto de la notoriedad de la falta de juizio que tuuo el señor Conde Duque, quando dizen auer otorgado el poder para testar, de donde depende el derecho de la oposicion del señor Duque de Medina de las Torres.

122 Con el presupuesto erroneo que lleuan, que de las excepciones que requieren largo conocimiẽto de causa, no se puede conocer en este juizio de tenuta; dizen en el n. 61, que por no tener el señor Marques de Leganes llamamiento literal en el testamento del año de 642. sino congetural, y presumptiuo, y requerir, y necessitar de mucha inspeccion, no se puede conocer en este, ex traditis à Mieres de Maiorat. 3. p. q. 24. n. 83.

123 Y esta respuesta mas propia era del Marques de Mofata para con su padre, que del señor Duque para con el señor Marques: porque como el señor Duque no tiene derecho alguno en el testamento del año de 642. no es interessado, ni le toca el oponer, si tiene, ò no llamamiento el señor Marques, y se conoce muy bien sobre quan debiles fundamẽtos consiste su justicia, pues anda mendigando auxilios agenos para afirmarse en sus intentos; como si el dexar de tener llamamiento el señor Marques, influyera valor al poder para testar del año de 645.

124 Pero aunque esta respuesta no es deste punto, sino de otro, dõ de se tratarà mas exprofesso, se dize

aora que el señor Marques de Leganes tiene literal llamamiento por el mayorazgo del año de 642. como se mostrò in prima ex num. 18.

125 Y quando no le huuiera tenido literal, sino congetural, le cõpitiera por el remedio de tenuta, segun la resolucion del señor Molina lib. 3. cap. 13. num. 43. vers. *Sed quãuis*, seguida por don Christoual de Paz de tenuta cap. 29. per totũ, donde latamente disputa esta question, y la resuelue en fauor deste intento.

126 A que no obsta el lugar de Mieres dicta 3. part. quæst. 24. n. 33. & quæst. 15. donde no haze mas que dudar de la opinion del señor Molina, con tan flacos fundamentos, que no pueden eneruar la fuerça de dicha resolucion tan inconcusa; y seguida en todos los Tribunales.

127 El mismo defecto de sustancia, padece lo que dizen en el n. 62. en exclusion del llamamiento literal, que reconocen tiene el Marques de Morata por el testamento del año de 642. que dizen es remoto, por no auer llegado los casos, y condiciones antecedentes, debaxo de las quales fue llamado: a que se dexa de respõder, por no duplicar en este punto lo que en otro se ha de fundar mas latamente, y està dicho in prima ex num. 23. y reconocer q̃ esta excepcion es mas para entre el padre, y el hijo, que no para con el señor Duque, que no tiene interes alguno en el testamento del año de 642.

128 en el num. 63. concluyen el discurso (de que en este juizio de tenuta, no se puede tratar del encuẽtro de los titulos) con dezir, que aun quando el señor Marques de Leganes estuuiera en possession destos bienes, adhuc tamẽ, por oponer excepciones de tan largo conocimiẽto de causa, contra el testamẽto del año de 645. no se deuian admitir en este juizio, ex traditis per Azebed. in l. 8. tit. 7. lib. 5. Recopil. nu. 2. seguido por el señor Valençuela cõs. 69. num. 252.

129 Y esto es insistir en lo mismo que està yà excluido, y satisfecho, scilicet, que en el juizio de tenuta se puede conocer del enquẽtro de titulos, y juzgar por qual dellos deue suceder el que intenta la tenuta, para darsela por el que pareciere mas legitimo.

130 Como se deue hazer, y haze en el juizio possessorio de la ley final del edicto del Diuo Adriano. Y en la ley 3. del tit. 14. de la Partida 6.

131 Y se practica aun en mas duros terminos, como son los de la ley 27. de Toro, en los quales se dà la tenuta al que conforme a la misma ley deuio ser llamado contra la expressa voluntad del fundador que le excluyò, y llamò a otro, como lo refieren don Christoual de Paz de tenuta cap. 30. per totum Hermosilla in l. 7. tit. 4. part. 5. gloss. 2. num. 11. Don Pedro Noguerol allegat. 25. num. 166. & allegat. 31. n. 74.

132 Y es caso de mayor dificultad, y en que haze mayor resistencia la ley 45. de Toro, en q̃ expressamente se dà el remedio de la tenuta al que segun la disposicion del fundador deuiere suceder, & nihilominus, se entiende de disposicion legitima, hecha segun las leyes, y en q̃

el

el fundador tuuiesse potestad de disponer, y vence el substituido por la ley al llamado por el fundador.

133 Ac proinde, mas eficazmente deue vencer en este caso fundando el señor Marques su pretension en vn testamento claro, y sin disputa, hecho con tan deliberado acuerdo en competencia de vn testamento posterior, hecho con tan notoria falta de juizio, y tan fuera de la razon natural.

134 Y aunque en el juizio de tenuta estàn implicitamente comprehendidos todos los remedios possessorios (como lo reconocẽ el señor Molina dict. lib. 3. cap. 13. n. 1. & 2. Paz de tenuta cap. 5. n. 11. Castillo tom. 3. cap. 24. num. 25.) Pero este es mas capaz que los demas, por disputarse en el todas las questiones q̃ miran a la propiedad que en los demas juizios possessorios, no se pueden ventilar.

135 Y se estila asi en el Consejo vniformemente, vt testantur Molina dict. cap. 13. num. 12. & ibi Additionator sub num. 11. Castill. dict. c. 24. n. 94. Don Christoual de Paz de tenuta c. 6. & 30. Hermosilla in d. l. 7. tit. 4. part. 5. glos. 2. n. 17.

136 Y se acumulan los remedios, rescindente, y rescissorio, vt agnoscit D. Christoual de Paz cap. 41. per totum, & c. 38. n. 23.

137 Y se controuierte la falsedad del instrumento, vt fatetur ipse Paz dict. c. 38. n. 22.

138 Y la impugnacion de facultades Reales, vt ipse testatur, n. 20. y Hermosilla d. gloss. 2. n. 13.

139 Y lo mismo deue proceder en todas las excepciones que dentro del termino del juizio de tenuta se verificaren (aunque sean de enquẽtros de titulos) de que ay los exemplares que se han referido.

140 Y otro del Estado de Verlanga, que passò en el Consejo en juizio de tenuta, sobre que escriuio el señor D. Iuan Bautista Valençuela el consejo 69. en fauor del señor Iuan Fernandez de Velasco Cõdestable de Castilla (que por muerte de don Pedro Fernandez de Velasco su hermano, segundo Marques q̃ fue de Verlanga intentò nueua demanda de tenuta contra don Iñigo de Velasco su hermano, tercero Marques de Auñon) y se disputò la misma controuersia (que oy ay de querer el Condestable suceder por las primitiuas fundaciones, y don Iñigo de Velasco su hermano por otra posterior en que se auia alterado la anterior) y aunque en el primer juizio de tenuta que se auia litigado cõ D. Pedro, huuo autos de vista, y reuista para no responder al juizio de tenuta, intẽtado por el Condestable, sin embargo dellos se conocio de nueuo en el segundo juizio, y obtuuo el Condestable, y vencio a su hermano segundo, y se declarò auer passado en el, como en hijo primogenito, la possession del dicho mayorazgo de Tobar, sin hazer caso de la escritura posterior de alteracion del dicho mayorazgo, que con facultad Real se auia hecho en fauor del hijo segundo, con que quedò assentado desde entonces poderse conocer en juizio de tenuta de enquentro de titulos, y que por auer los diuersos, no se deuia dexar de dar la possession al que de los opositores le tuuiesse mejor.

Y

141 Y con el sucesso deste pleyto quedò desestimada la doctrina de Azeued.in d.l.8.tit.7. lib.5. Recop. num.2.(de que aora se vale el señor Duque, y que se alegò entonces por el señor Valençuela num.252.) dõde sin embargo de auerla alegado (para que no auia de ser del juizio de tenuta, conocerse del enquentro de los titulos) se conocio del valor de ellos, y se dio la possession al que se fundaua en el primero, y no al que tenia la segunda disposicion en que se auia alterado la antecedente.

142 Y esto mismo se deue hazer aora, dandosela al señor Marques de Leganes, que se funda en el testamento del año 642. y no al señor Duque que la pide en virtud del testamẽto posterior del año de 645. que no tiene valor, ni fue capaz de reuocar el anterior.

*Segunda respuesta del señor Duque.*

143 Ex num.65.vsque ad 67. dicen, que quando de la excepcion del furor se pudiera conocer en el juizio de tenuta, incumbia al señor Marques de Leganes la obligacion de prouarla, por fundar el señor Duque de derecho en quanto a que el señor Conde Duque estuuo en su entero juizio, y capacidad al tiempo que otorgò el poder para testar, por ser esta calidad natural en todos, ex l.neque codicillos, C. de codicillis, l.2.tit.14.part.3. ibi: *Catenudo es el que esto raçona de lo probar, maguer ponga su razon en manera de niego, è esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razon: porque sospecharon que todo home es cuerdo en su memoria, fasta que se prueue lo contrario.*

144 A que se responde por el señor Marques, que a la conclusion referida se sigue otra tan igualmente segura, scilicet, que estando probado innegablemente que desde el principio de la enfermedad estuuo el señor Conde Duque con frenesi, y delirio, y despues del otorgamiento cõ letargo, resulta vna presumpcion natural de durar siempre, y padecerle tambien en el intermedio, quando suena auerse otorgado el poder, y assi incumbe la obligacion de la prueua al que se fundare, en que huuo juizio, y capacidad en el tiempo intermedio de los dos estremos, como se fundò in prima, num. 106. donde se acumularon infinitos Doctores que la comprueuan.

145 Et nunc addimus, a don Iuan del Castillo lib. 4. controuers. cap.28. num. 44. donde (vt moris est) jũta otros infinitos, y entre ellos à Menochio lib.6. præsumpt. 45.n. 59.& cons.82.num.220.lib. 1. que coadjuba este discurso con la decision de la ley penultima, C.de curatore furiosi, donde se juzgò por cosa incierta, y aun por impossible en la cercania del furor antecedente, y subsiguiẽte, poder auer intermedio de sanidad, ibi: *Cum incertum est in huiusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, siue ex longo, siue ex propinquo spacio, & impossibile est, & in confinio furoris, & sanitatis eum sæpius constitui.*

146 Y reprueua dicta præsumption.45.num.61.a Paulo de Castro, y Iason (en quanto tuuieron que el

que impugna el testamento por falta de juizio, no solo deue probar auer estado sin el, antes, y despues del otorgamiento, sino tambiẽ que le faltò al mismo tiempo de otorgarle) y da por razon Menochio. *Cum mutatio non præsumatur, nec id quod est contra rei naturam, sicut est, quod furiosus, vel insanus sit pristinæ sanitati restitutus.*

147 Y lo funda con la resolucion del señor Molina lib. 2. cap. 9. num. 30. vbi dixit: *Si verò de furore antecedenti continuato constat, nec dilucidum interuallum tempore institutionis primogenij probetur, nõ sana mens, sed furor in dubio præsumendus erit, cum furor ipse durare præsumatur.*

148 De manera que como es presuncion natural presumirse en duda estar vno en su sano juizio, tãbien lo es, que prouado el furor antecedente, y subsiguiente, es visto cõtinuarse en el intermedio, y no auer podido auer sanidad.

149 Vnde, como al que se funda en la negacion del juizio, le incumbe la obligacion de la prueua de la falta del, del mismo modo le toca la obligacion de prouar la recobracion el que afirmare que le huuo al tiempo intermedio, quando no se duda que faltò en el antecedẽte, y subsiguiente.

150 Y el señor Marques no se escusa desta obligacion, antes tiene prouado que el señor Conde Duque tuuo falta de juizio, antes, y despues del otorgamiento del poder, cõ testigos suyos, y con los mismos presentados por el señor Duque, y lo que mas es, con la calificacion, y reconocimiento de la misma señora Condesa de Oliuares, que en quanto pudo dio a entender en su codicilo el defecto del poder para testar, y las legitimas excepciones, y dudas que contra el se podian oponer, con que tiene assegurado que mientras el señor Duque no prouare que el señor Conde Duque estuuo en su entero juizio, y capacidad al tiempo del otorgamiento, se ha de tener por ninguno, como otorgado por quien se hallò sin capacidad para hazerle.

151 Iuzgando el señor Duque que el señor Marques de Leganes, y el de Morata su hijo intentan escusarse de la carga de prouar, a titulo de reos, y posseedores destos Estados, trata desde el num. 67. cum sequẽtibus, de mostrar que no lo son, y que èl es el posseedor legitimo.

152 Y como el señor Marques de Leganes, ni el de Morata su hijo no quieren releuarse desta obligacion con semejante pretexto, pudieramos dexar de satisfacer a este reparo, contentandonos cõ dezir, que en el estado presente no se trata de secresto en que fuera menester para escusarle, insistir en qual de los dos opositores se hallaua con la nuda detentacion de los bienes, sino solo de ver en quien ha transferido la ley la possession, como en legitimo sucessor.

153 Y en esta competencia cada vno es actor, y respectiuamente supone al otro por posseedor (que es lo que considerò el §. tertia diuisio, Instit. de interdictis, ibi: *Quia par vtriusque litigatoris in his conditio est; nec quisquam, præcipuè reus, vel actor intelligitur, sed vnusquisque*

tam

*tàm rei, quàm actoris partes substinet* (conclusion que la reconocen los Abogados del S. Duque en el n. 75.) con que todo el discurso contrario queda desvanecido; pues siendo cada vno actor se quedarà con la obligacion de prouar lo que a cada vno le tocare.

154 Cæterùm, porque no parezca que se dexa ningun escrupulo sin satisfacion, se dize que el señor Duque no es posseedor destos Estados: porque (aunque se supone que le mandò dar la possesion vn Teniente desta Villa, y la tomò de los Titulos, y instrumentos de algunos bienes destos Estados) no la adquirio: porque el mãdato de juez por si solo, mientras no llega a executarse, no la transfiere, l. non est mirum, ff. de pignoratit. action. Rota decis. 613. nu. 6. post tract. Posthij de manut. & ipse Posthius obseruat. 12. num. 162. Alexand. Ludiuis. decis. 546. num. 9.

155 Y de los que la aprehendio, fue de los mismos instrumentos que presentò, y por la entrega dellos no se transfiere mientras no la haze el dueño, ò señor dellos, como se conoce de la ley 1. C. de donationibus, & ibi glossa Rebuffo ad leges Gallicas tom. 3. tract. de materijs possessorijs in præfat. nu. 80. Gratian. discept. forens. capit. 503. num. 7. & cap. 910. num. 1. & 2. & 34. Menoch. lib. 3. præsump. 140. num. 4.

156 Y mas claramente de la ley 8. tit. 30. part. 3. ibi: *Dando vn home à otro heredamiento, ò otra cosa qualquier, apoderandole de las cartas, porque la el ouo, ò faziendo otra de nueuo, è dandogela, gana la possesion, maguer no se apodere de la cosa dada corporalmente*, donde se deuen ponderar aquellas palabras, *porque la el ouo*, que muestran ser necessario, que el mismo que huuo la cosa, y es señor della, sea quiẽ entrega el instrumento, para q̃ por este acto se transfiera la possesion.

157 Lo qual no se puede entender del Iuez que no la tiene, ni dominio de la cosa contenida en el instrumento, y asi no puede con la entrega dèl transferir lo que no tiene, l. traditio, ff. de adquir. rerum domin. l. nemo plus iuris, vbi Decius, & Cagnol. ff. de regulis iuris.

158 Y quien la tomò anterior, y legitima, fue el señor Marques, segun parece de los autos, memor. num. 169. de la Alcaidia del Retiro, y Patronatos de San-Iorge, y Santo Tomas, auiendo el Teniente desta Villa despachado requisitorias (que se mandaron cumplir por los Iuezes donde se presentaron, y estauan los bienes) porque aunque el Iuez del domicilio lo puede mandar, pero el darla toca a los Iuezes donde estan los bienes, sic post Bart. Bald. & alios tenet Menoch. de adipiscenda, remedio 4. num. 402. Antonio Gom. in l. 45. Tauri n. 151. vers. *Sed attende.*

159 Y asi el Teniente de Madrid no pudo darsela al señor Duque de bienes q̃ estauan fuera de su territorio, quando la entrega de los instrumẽtos se tuuiera por bãstante, ni bastaua tomarla en Madrid de vnos bienes, en nombre de los demas, l. 3. post princip. ff. de adquir. possess. & ibi Bart. & cæteri Scribentes, Pe-

trus Surd.conſ. 135.nu. 64. Poſtius obſeruat.73. n.59.

160 Y el ſeñor Marques la tomò en San-Lucar, y en las cabeças de los mayarazgos, que es mas releuãte, para que ſe eſtienda a los demas bienes. Mieres de maior. 1. p. q. 10. num. 115. Poſtius dict. obſeruat. 73. num 92.

161 A lo que ſe dize en el nu. 72.& 73. de que el ſeñor Marques pidio la poſſeſsion, por ſi, y en nombre, y como padre, y legitimo administrador del Marques de Morata ſu hijo, y la aprehendio en la miſma forma, y que por la repugnancia, ni vno, ni otro eſtan en ella, ex l. ſi vt certo, §. ſi duobus vehiculum, ff. commodati, l. 3. §. ex contrario, ff. de adquir. poſſeſſ. Ludouic. Poſtio obſeruat. 72. n. 3. Se reſponde.

162 Que no ſe duda, que dos no pueden tener poſſeſsion de vna coſa inſolidum, ni que ambos la adquirieron, ſino el vno (que ſegun la fundacion de 42. tuuieſſe mejor derecho): y ſolo lo que ſe dize es, que el auerſe tomado con nombre de ambos, ſeria in ſubſidium, para que ſi al ſeñor Marques no ſe le puedieſſe adquirir, por no tener literal llamamiento (aunque le tiene congetural, y tacito) ſe adquirieſſe al Marques ſu hijo.

163 Et in iure non eſt nouum, ſe intenten dos acciones, ò remedios incompatibles, quando el vno es in ſubſidium (como quando ſe pide vna coſa, ò el precio en defecto della, ò ſe dize nula la ſentencia; y caſo que ſea valida, ſe apela della, y otros exemplos que pone Bartulo in l. 1. §. quod autem, ff. quorum legatorum, & ibi Albericus.

164 Y como el ſeñor Marques repreſentaua dos perſonas. (La vna, por ſu derecho, y la otra, por ſu hijo, como ſu padre, y legitimo administrador: y el por ſi no podia parecer en juizio a pedir la poſſeſsion, ex l. fin. in princip. C. de bonis quæ liberis, y no fuera juſto, que ſu padre le perjudicara con ſu negligencia, ni que por hazer la cauſa de ſu hijo, perdiera ſu derecho propio) fue fuerça pedir la poſſeſsion en nõbre de ambos, para que la adquirieſſe, al que de los dos tuuieſſe derecho de ſuceder, y aprouechaſſe al vno, ex adductis à Panormitano cõſ. 54. num. 4. lib. 1. Calderino de iure patronat. conſ. 15.

165 Y la poſſeſsion ſe entiende tomada, *omni meliori modo quo potuit, & debuit, & capi potuit*, Crau. conſ. 91. num. 8. Pedro Surd. conſ. 212. num. 15. Rota deciſ. 116. nu. 4. poſt tract. Poſtij. Y aſsi no pudo la del vno excluir la del otro; porque bien puede eſtar en dos, quando reſide diuerſis reſpectibus, vt agnoſcũt Cardinal. Tuſchus litt. P. concluſ. 429. n. 9. Ludouic. Poſtio d. obſeru. 72. n. 6.

166 Ni tampoco puede obſtar lo que ſe dize en el num. 78. q̃ quando fueran poſſeedores, no pudiera aprouechar para eſcuſarſe el ſeñor Marques de la obligaciõ de prouar, ex l. 1. C. quorum bonorum, l. 3. §. Mixtum, ff. de Carboniano edicto.

167 Porque eſta concluſion, tan aplicable es a vna parte, como a otra, y en fuerça della, ninguno deue eſtar libre de la obligacion que tuuiere.

Y

168 Y como el señor Marques no pretende quedar desobligado de prouar lo que tiene prouado de la falta del juizio del señor Conde Duque en el tiẽpo antecedente, y subsiguiente, no es justo pretenda el señor Duque no tener obligacion de prouar la recobracion de la capacidad en el tiempo intermedio del otorgamiento del pretenso poder, pues asiste contra el señor Duque la presuncion natural de que en el intermedio se continuo el delirio, supuesto que ambos se juzgã actores, como lo fundan en su papel n.75.

169 Y para estos efectos no ay que insistir mucho, en qual de los dos, es, ò no posseedor, supuesto que estando esta causa vista en difinitiua, cessa el concepto que se podia formar sobre este requisito, que solo pudiera aprouechar para vn articulo de sequestro.

170 Y don Christoual de Paz cap.69.n.17.reconoce en su misma resolucion la nouedad della, pues no la funda, ni viste, y como no estamos en posseedor (mediante la sentencia de tenuta) sino en dos pretẽsores della, no ay que apurar su justificacion, si bien se pudiera aduertir lo irregular, que es afirmar, que el posseedor de vn mayorazgo, despues de la tenuta, no lo es legitimo, para transferir la obligacion de prouar en el aduersario que pusiere la demanda de la propiedad contra lo que defiende Iuan Garcia de Nobilitate, §.8.num.2. (que es a lo que se deue estar.)

171 En el num.79.afirman quedar este punto fuera de toda duda, con que quãdo concurre possession contrà presuncion de derecho, preualece la presuncion à la possession, ex Mantica de coniectur. lib. 12.tit.17. num. 11. y resistiendo la presuncion de auer estado el señor Conde Duque en su entero juizio, à la possessiõ del señor Marques no le puede aprouechar para librarle de la obligacion de la prueua. A que se responde.

172 Que este fundamento se desvanece con lo que tantas vezes està dicho, que el señor Marques no tiene contra si presuncion alguna, antes quien la tiene es el señor Duque, respecto de no presumirse naturalmente mudança del delirio entre los dos estremos del principio, y fin del.

173 Y con esto no conduce la resolucion de Mantica, ni de los demas que se alegan, que hablan quãdo à la possession resiste el derecho comun, y aqui no solo no le resiste, sino que le fomenta, por no presumirse mudança, sino continuacion de la enfermedad, quando el fin del tiene correspondencia con el principio.

174 Vltra, que el mismo Iuan Garcia vbi suprà, dicta gloss.8. n.7. pone la misma conclusion, que Mãtica scilicet: *Quòd possessio nõ releuat contra eum qui fundat de iure cõmuni*, y la entiende quando el que estriba en la possession, no tiene otro titulo contra el que funda de derecho.

175 Secus, si tiene alguno con que vestir la possession: porque entonces aunque aya quien funde de derecho, transfiere en el la obligacion de prouar, ibi: *Illud intelligendu m*

*dũ est, nisi ipsa præsens possessio coadiuuatur alicuius tituli præsumptione, vtcumque probati, etiam si non probatur sufficienter, & plena, præsẽs illa possessio cum præsumptione tituli, vt cumque probati, licèt plenè, & sufficiẽter non probetur, tum sustinetur, tum transfert onus in aduersarium, vt defectum illius tituli probet, & plenè probatum demonstrat*, que es lugar muy ajustado para constituir al señor Duque en la obligacion de auer de prouar el valor del testamento en que se funda contra la possession del señor Marques, coadjubada con el testamento del año de 642. que de suyo es tã valido, y sin tope alguno.

*Respuesta tercera del señor Duque.*

176 Desde el num. 81. continuan en el intento de dezir que no basta al señor Marques de Leganes tener prouado el delirio del tiempo antecedente, y subsiguiente, sino se prueua por su parte auerse continuado en el tiempo del otorgamiento del poder para testar: porque aũque reconozcan por cierta la conclusiõ de que prouados los dos estremos, se presume la continuacion del delirio, dizẽ que esta regla padece dos limitaciones.

177 Y la primera, ponen en el num. 85. diziendo, que para presumirse la continuacion del frenesi, es menester que el tiempo antecedente aya sido de año, ò de muchos meses, y no basta, si se prueua, momentaneo, ò accidental de algunos dias, ex doctrina Bartol. communiter recepta in l. 2. ff. de bonor. possess. furioso infanti, vbi dixit: *Quòd non sequitur, quòd si heri fuerit Surdus, mutus, vel similia, quòd hodie sit; nam pòtest esse, quòd propter aliquid accidens heri fuerit cæcus, vel mutus, vel surdus, & hodie non esse.*

178 La qual no tiene que ver para nuestro caso: porque esta limitacion se entiende para quando se quiere inducir presuncion de furor de lo antecedente para adelante, y entonces es quando es menester para poder obrar esta presuncion, que el furor aya sido permanente, y durable.

179 Y es en lo que procede la doctrina de Bartulo, y la de Menochio lib. 6. præsumpt. 45. num. 62. y todos los demas autores que por si alega el señor Duque.

180 Lo qual es totalmente diferente: porque nuestro caso consiste, en si prouado el furor antecedente, y el subsiguiente, se ha de presumir auer interuenido en el acto intermedio en que queda fundado ser presuncion natural, auerse cõtinuado el furor, y que al que funda que no le huuo, le toca la obligacion de prouarlo.

181 Y que los autores de que se vale el señor Duque hablen deste modo, se conoce mirandolos a la letra, y no desmembrandolos como la otra parte lo haze, vt videre est per Menochium dicta præsumpt. 45. donde auiendo diuidido en casos la question, figura el segundo en el nu. 59. *Quando constat aliquem furore, dementia, vel insania affectum fuisse, & non constat consueuisse dilucida interualla*, en que tiene por opinion, *hunc præsumi adhuc furiosum, vel dementem.*

182 Y en este es donde en el n. 62. pone por declaracion, *vt procedat quando iam fuit probatum hunc per aliquod tempus continuum, atque ita aliquot annos, vel mēses, continuo eo furore, vel dementia agitatum.*

183 Y en este mismo es en el que habla don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 28. donde auiendo puesto cō el num. 44. el mismo caso de Menochio, scilicèt, *Quòd si furor anterior per præteritum tempus appareat, & sic dilucidè, constat aliquem furore dementia, vel insania affectum fuisse, tunc sanè hunc præsumi adhuc furiosum*, dize luego en el num. 46. *Et ij quidem omnes, nunc relati authores, sic declarant doctrinam superiorem, vt ipsa procedat, quando iam esset probatum, eum de quo agitur, per aliquot tempus continuum, atque ita aliquot annos, vel menses continuo eo furore, vel dementia agitatum.*

184 Y sobre el mismo presupuesto lo afirma Farin. verbo furor, num. 323. littera F. in fragmentis post tractatum de furtis, donde puso por conclusion: *furiosus qui semel fuit, præsumitur & in futurum furiosus, quando furor non fuit momentaneus, & breui tempore, per aliquos puta dies hominem agitans, sed successiuus per longum tempus.*

185 Y vinieran bien estas conclusiones, si antes del poder para testar estuuiera solo prouado el furor, y no huuiera sobreuenido el letargo que sobreuino despues del testamento: porque entonces por la breuedad del tiempo anterior fuera menester que para que el poder para testar se presumiera hecho en tiēpo del furor, que indiuidualmente se prouàra auer concurrido al tiempo del otorgamiento.

186 Empero estando prouado el otro estremo posterior de la falta de juizio, no es menester que el furor anterior aya sido cōtinuo, ò permanente, sino que le aya auido anteriormente, para que se presuma auer durado en el intermedio.

187 Mayormente auiendo sido tan breue lo que passò desde la suspension del delirio hasta en el q̄ otorgò el poder el señor Conde, que no huuo mas distancia que desde el Miercoles al amanecer hasta las onze, ò doze del medio dia en que recogiendose a reposar le sobreuino el letargo (que le durò hasta que murio) y assi es fuerça que se presuma la continuacion del furor, vt post plurimos agnoscit, Farin. ibidem, n. 326. vbi dixit: *Quòd furiosus de præterito, præsumitur, etiam furiosus in futurum, & sic tempore actus gesti post furorem, quando ille actus fuit gestus breui tempore post tempus furoris.*

188 Y solo donde quiere Farinacio, que estè obligado a prouar, es quando huuo grande distancia de tiempo desde el furor al otorgamiēto del testamento, ibi: *Secus si post longum temporis interuallum, hoc enim vltimo casu, allegans furorem, debet illum probare interuenisse tempore actus gesti, & non sufficit probare, quòd ante actum fuerit quis furiosus, cum longitudo temporis tollat præsumptionem furoris de præterito in futurum*, como lo distingue Bald. in dict. l. furiosum, post num. 1. vers. *Primo casu*, & vers. *Secundo casu.*

189 Y la breuedad de la duracion del delirio desde el Sabado has-

ta el Miercoles al amanecer (que quieren en el num. 86. no aya sido bastante, y necessitar de que huuiera sido sin interualo alguno; porque en auiendole, dizen en el n. 88. ser segunda limitacion: *Quòd subsequēs sana mens post furorem interrumpat illam præsumptionem, quod ex præterito furore præsumitur in futurum*, que pone Farinacio en el nu. 325.) padece el mismo defecto de aplicaciō que la primera.

190 Porque el mismo Farinacio ibidem, requiere: *Quòd directè, vel indirectè, vere, aut præsumptiue probetur sana mens illius, qui retro fuit furiosus*, para excluir la pretension.

191 Lo qual falta aqui; porque lo q̄ està prouado por el señor Duq. no es q̄ cessò el delirio, sino que se tēplò, pero no que cobrò el juizio, antes consta lo contrario de las deposiciones de los Doctores Francisco de Medina, y Laçaro de la Fuente, que dizen, que auiendole hallado el Martes por la tarde con alguna templança, les preguntaron, si estaua el señor Conde en estado para poder testar, y recibir los Sacramētos, y respondieron, que no, por estar esperando el crecimiento, y lo que no tuuieron por tiempo habil, para hazer lo que importaua tanto à la salud del alma, y cuerpo, no se puede tener por prueua de la sanidad, y recobracion del juizio, para con ella poder excluir la presuncion de la continuacion, sacada del extremo del furor antecedente.

192 Y la tercera limitacion, puesta en el num. 88. de que quando en el medio tiempo falta la causa del delirio, cessa la presuncion de que dura el furor.

193 Procede en los furores accidentales en que por la deposicion de los Medicos, consta auer cessado la causa del furor, como lo afirman Mantica de coniect. lib. 2. tit. 5. n. 6. vers. *Tertio debet restringi*, y Thomas Sanchez lib. 1. disput. 8. n. 17.

194 Y aqui no ay probança alguna, de que el frenesi que padecio el señor Conde, fuesse accidental, y faltasse la causa q̄ le ocasionò, antes consta lo contrario, de que el frenesi resultò de la grauedad de la calentura, y que esta durò siempre hasta que murio; y no constando de la cessaciō de la causa, no se puede dezir, que cessò el frenesi, pues jamàs cessò la grauedad de la enfermedad.

195 Y lo que se dize en el num. 89. de que por la deposicion de los Medicos, consta que el Miercoles desde el amanecer se hallò el señor Conde con grande aliuio, compuesta la cabeça, y templada la calentura; respecto de vna grande euacuacion de vientre, que el Lunes auia tenido, y con las sangrias, y remedios auer cessado el frenesi.

196 No concluye lo que es menester para calificar el entero juizio, que fue necessario para testar, porque no fue cessaciō, sino disimulacion del veneno interior de la enfermedad, que siempre estuuo en el mismo estado de rigor, vt diximus in prima n. 114. con Rodrig. Suarez allegat. 1. num. 19. Scipion Theod. allegat. 12. num. 24. donde se hizo demostracion concluyente con las deposiciones del Padre Iuan Martinez de Ripalda, y el Dotor Cipriano de

de Maroja, que nũcã cessò el delirio (aunque, como se supone, huuiera tenido aquel breue aliuio de tres horas el Miercoles por la mañana, que le excluye el concepto de la señora Condesa en el codicilo que otorgò, mem. num. 715.)

197 Y añadimos aora en comprouacion desta respuesta la decision 60. del Cardenal Mantica, nu. 4. vbi dicit, ibi: *Non obstant testes, qui dicunt Cardinalem die Dominico in proposito loquutum fuisse; quia ex hoc non sequitur, tunc sanæ mentis fuisse; nam stulti quandoque in proposito loquũtur, & qui ex morbo phrenesis alienationẽ mentis patitur, in eo statu præsumitur perseuerare, licèt aliqua verba sanæ mentis loqui videatur, neque enim phrenesis dicitur cessare, sed aliquomodo latere, vt ex medicorum sententia scribit* Suarez allegat. 1. n. 19. cum sequentibus.

198 Dizen en el num. 90. que no solo cessò la causa del frenesi, sino que la enfermedad passò a calidad contraria de letargo que sobreuino al señor Conde el mismo Miercoles a la vna, como lo depone el Doctor Maroja, mem. num. 715. y que en auiendo enfermedades de calidades contrarias, no es consequẽcia legitima, que el que tuuo ayer furor, le tenga oy, ex Boerio decis. 23. num. 86. Mascardo conclus. 825. n. 17. Sed respondetur.

199 Que al frenesi suele ser muy ordinario seguirse el letargo, como sucedio al señor Conde Duque, como lo afirma Galeno lib. 6. epidem. sect. 6. comment. vltimo vbi dicit: *Phrenitidem aliquando in lethargum mutari.* Y Auicena sobre el mismo capitulo, y lo reconocen los Abogados del señor Duque en su informacion, num. 92. con Ludouico Septalio lib. 6. animaduersi, num. 27.

200 Y no porq̃ le sobreuiniesse el letargo cessò el frenesi, antes pudo estar, y concurrir todo junto, y si no estuuiera el señor Conde Duque dormido cõ el letargo, delirara: porque como era vn frenesi espurio cõ mezcla de pituita, fue facil caer en otro afecto participante de frenesi, y de letargo, como lo afirma Auicena en la fen. 1. del lib. 3. tract. 4. cap. 12. donde la llama enfermedad media, difiniendola: *Est ægritudo sitsemathe composita, ex aposthemate calido, & frigido, quoniam aposthema est factum ex duobus humoribus simul, scilicèt, flemate, & colera, & eius quidem causa est repletio, quam generat gulositas, & multitudo commestionis, & potus, & ebrietatis, & vtrique quidem humores, quandoque æquantur, & quandoque vnus ipsorum vincit, & vincunt tunc signa eius.* Y Galeno le llama *Cathaphora fitque redundante, tùm pituitoso, tùm bilioso humore, ac si biliosus humor superet, phrenitidis indicia præualent: si verò pituita superuenerit, lethargi plura, & validiora signa sunt, dicitur absolutè, & sine additione, seu cathaphora, vel coma somnolenta.*

201 Y assi no pudo auer intermedio en que pudiesse estar libre del frenesi, y delirio, aunque la enfermedad hiziesse transito: porque nuncã cessò la fiebre (que fue la que por si obraua el delirio, y la que causò la muerte.)

202 Y si el transito huuiera si-



do

do de vnā enfermedad que causarā delirio a otra que no le pudiera causar, pudiera dezirse, que en aquel intermedio pudo estar libre del; pero auiendo sido a otra que tuuo la misma calidad de delirio ( encubierta con el sueño) no se puede dezir que huuo remission de la causa; sino cōtinuacion della, que le siguio hasta que murio, como lo reconoce Rodrigo Suarez dicta allegat. 1. num. 22. donde respondiendo a la doctrina de Bartulo in l. 2. ff. de bonor. posses. infanti, & furioso; que dexamos arriba citada, dize: *Non enim fuit vnus actus furoris contingens à casu, imò fuit furor, & dementia continuata pluribus diebus, & pluribus, & diuersis actibus continuatis, ex eo tempore, quo morbus, & phrenesis nūquam eam dimisit, licèt aliquo spacio videtur velata, & attenta qualitate illius phrenitica passionis nunquam eam dimisit.*

203 Y el lugar de Boerio dicta decis. 23. num. 86. solo dize, que corre la presuncion ( de que el que estuuo loco ayer, lo està oy ) *Si non est probatum quòd medio tempore fuerit qualitas furori contraria*; que tomò de Baldo in d. l. furiosum, num. 2. C. qui testamenta facere, vers. *Secundo casu*, vbi dixit, *secundo casu non præsumo, semel furiosum semper furere, & maxime, si fuerit probatum, quòd medij temporis qualitas fuerit furori cōtraria*, y el de Mascardo dicta conclus. 825. num. 17. dize lo mismo.

204 Y falta aqui lo que ellos requieren, que es no estar prouado que la enfermedad que padecia el señor Conde quando otorgò el poder para testar, era de contraria qualidad al furor, taliter, que cō ella no pudiera ser possible delirar entonces, sino solo dizen algunos testigos que estaua algo remitido el rigor de ella, y esto no supone ser de contraria qualidad, sino continuacion de la misma, como està fundado.

205 Y la contraria qualidad q̄ sobreuino, no fue hasta las 11. ò 12. del dia Miercoles, y hasta aquel punto predominò la otra del frenesi, y no se mudò a qualidad contraria à frenesi, sino de vigilia à sueño, con que tuuo embargados los sentidos para no poder obrar, y darse a conocer el delirio, y si huuo mudança, solo fue de predominar en el celebro, vna vez colera (que constiruyò el frenesi) y otra pituita (que ocasionò el letargo) segun la opinion de Galeno, citado por Caldas Pereira cons. 24. num. 19. ad finem, que no fue contraria a la calidad del delirio, si bien lo fue al humor que causò lo vno, y vencio el otro.

206 Con que se excluye lo que en el num. 94. procuran dezir, scilicet, que la qualidad contraria que se introduxo el Miercoles a la vna, no fue el letargo, sino la disposicion media, que le fue formando, haziēdo transito de caliente à fria, y que en la remision del primer estremo del frenesi, y principio de la disposicion al letargo, fue preciso que el señor Conde Duque tuuiesse vn tēperamento, que no fuesse de frenesi, ni letargo.

207 Porque esto es querer vna cosa impossible, qual es, que en aquel intermedio tuuiesse el señor Conde conocimiento, y memoria para testar, quando fue mas preciso, que

que al passo que fuesse faltãdo el humor calido, que causaua el delirio, se introduxesse el frio q̃ ocasionasse el letargo, con que en vno, ni en otro tiempo pudo tener capacidad para testar, y querer con estas filosofias poner en duda vn testamento claro, como el de 642. y dar valor à vno hecho con tantos defectos, no es materia practicable.

208 Y para este concepto son buenas las palabras de Caldas Pereir. dict. consf. 24. num. 5. donde tratãdo de responder a vna oposicion semejante, de que en medio de la mejoria se auia hecho el testamento (de cuyo valor se disputaua) responde, ibi: *Hoc nihil obstat quanuis enim limitatiue tempore ægritudinis dictum Aluarum phrenesi detineri, satis tamen est, probare quinto die, ac vndecimo, idest pridie, quam moreretur, phreneticum extitisse: nam satis concludẽter inducetur ab extremitate vtriusque temporis, illo intermedio, dissimulatum furorẽ extitisse, nec enim minus furiosus dicendus est ægrotus, cum nõ extinctus, sed sopitus tantisper, ac dissimulatus furor animo requiescit, quoniam extremorum probatio, scilicet, principij, & finis, infert præsumptiuè probationem furoris medij temporis,* lo qual excluye todos los intermedios, que filosoficamente, se quieren introducir por el señor Duque.

109 En el num. 98. ponen otra quarta limitacion a la regla; de que la presuncion que se causa del furor antecedente para presumir su duracion, se vence con otra presuncion mas fuerte (como es la que resulta de auer el señor Cõde Duque testado como hombre cuerdo) porque como dizen Boerio dict. decis. 23. num. 88. *Si actus gestus congruit viro sanæ mentis, præsumendum est sanæ fuisse mentis tempore testamenti, vel contractus, & ista fortior est præsumptio, & magis conformis naturæ*, y Mascard. conclus. 1049. n. 15. dize lo mismo. Pero se responde.

210 Que tan lexos està de resultar desta limitacion beneficio alguno al señor Duque, que antes es lo que mas califica la falta de juizio q̃ tenia el señor Conde, porque si le tuuiera, no es verisimil que dexara de acordarse del testamento que tenia hecho el año de 642. (en q̃ auia llamado a sus descendientes legitimos, y en falta dellos a D. Enrique Felipez de Guzman su hijo legitimado, y a sus descendientes del matrimonio contraido con doña Iuana de Velasco, hija del Condestable de Castilla) para no auerle reuocado, y quitado los llamamiẽtos dispuestos para la perpetuidad de su casa, y dexado su hazienda a la señora Cõdesa su muger, sin auer hecho mencion de su hijo, ni de sus deudos, segun lo qual este oluido, y extraordinaria forma de institució, es la q̃ descubre mas la falta de capacidad del señor Conde, como lo ponderamos in prima ex nu. 184. vsque ad num. 186.

211 Y no es possible que se ayã visto los lugares que se citan d. num. 99. porque si se vieran, no los citaran por hablar los mas en fauor del señor Marques de Leganes; porque aunque algunos prueuen la conclusion generica, de que la presuncion del acierto del testamento, vence la

pre-

presuncion de la continuacion del furor (que se quiere inducir de auerle tenido.)

212 Attamen, los que llegan à tratar la materia in indiuiduo, videlicet (que qualidades ha de tener el acto para tenerse por hecho por vn hombre cuerdo) hablan en fauor del señor Marques, y dizen, q̃ si en el testamento, del que se dize estar furioso, se dexaron de instituir los parientes, y se llamaron los estraños, se juzga por disposicion de hombre sin juizio.

213 Vt videre est, per Roder. Suar. dict. allegat. 1. n. 10. que habla en vna señora (de quien se dezia estar fuera de juizio, y se presumio estaua sin el, por no auer instituido à su abuela, y dexado a su marido por heredero) y pondera para este intento diferentes textos, como son la ley apud Iulianũ, §. 1. ff. de leg. 1. l. quidam in suo, ff. de conditionibus instit. l. 2. ff. de inofficiosso testamento. Y en el nu. 11. expressa por señal de furor, *exhæredare filium sine causa, & instituere hæredem extraneum.*

214 Y Caldas Pereira d. cons. 24. numer. 6. habla de vn testador a quien se oponia el mismo defecto, y por que teniendo vna hermana vnica, llamada Francisca, no la auia instituido, fue tenida su disposicion por fatua: *Ex eo quod extraneã personã in successione, sorori charissimæ, vtrinque coniunctæ, & vnicæ, ac pauper, iturbato ordine prætulit.*

215 Y Baldo in d. l. furiosum, num. 2. hablando del primer miembro de su distincion, dize: *Quòd refert, an qualitas ipsius dispositionis arguit magis ad partem sani consilij, vt quia est cuilibet sanæ mentis legitima ordinatio testamenti, quòd etiam ex ipsius serie testamenti luculenter apparet, vt quia continetur ibi institutio filiorum, legata pro anima, & huiusmodi, & tunc ex ipsius actus qualitate præsumitur sanæ mentis, aut cõtrarium, & tunc præsumitur contrarium.*

216 Y esta segunda parte la comprueua con la ley Titia 13. ff. de innoficioso testamento, donde con auer el testador instituido por heredera vna hija, y hecho vn legado a vn hijo sin nombrarle por heredero, resoluio el Consulto, que ni aun los fideicomissos valian, por ser dexados en vn testamento de vn furioso, no constando de otro acto de furor, mas que solo por no auer instituido al hijo por heredero, ibi: *Probat autem, nec fideicommissa abintestato data deberi, quasi à demente.*

217 Y Menoch. d. præsumpt. 45. nu. 57. refiere à Alexandro cons. 141. num. 8. vol. 1. vbi dixit: *Insanum & dementem præsumi illum, qui hæredem fecit extraneum, exclusis sibi sanguine coniunctis, de se non demeritis.*

218 Y del mismo sentir es don Iuan del Castillo dict. cap. 28. ex nu. 48. donde habla del que tiene lucidos interualos, y testa prudente, ò imprudentemente, y dize que se ha de atender a la qualidad del acto, para inducir, si fue hecho en tiempo conueniente, ò inhabil. Y en el num. 54. refiere la decision de la Audiencia de Seuilla, donde se adjudicò la herencia a vna hermana de la testadora, no instituida por ella, y se

se le quitò al marido, en cuyo fauor estaua la disposicion del testamento, por auer juzgado auerse hecho, por quien estaua fuera de juizio, y darlo a entender el acto mismo de auer instituido vn marido (que era estraño) en competencia de vna hermana, y lo confirma ex professo en el verf. *Præterea*, despues de la decision.

219 Y el consejo 149. de Apõte vol. 2. tambien fue de Principe, q̃ dexò de instituir à los suyos, y testò en fauor de criados.

220 Y la conclusion que afirman por comun, num. 100. & 101. (de que vale el testamento del furioso, quando està hecho con cordura, ex Romano in d. l. furiosum, num. 3. & 6. Alexandro, Corneo, & Iasone ibidem, y el exemplo de los Centumviros de Roma, que dieron por valido el testamento de Tuditano, no obstante de ser loco, por la prudente disposicion que hizo, vt refert Valerio Maximo lib. 7. memorabil. cap. 8. n. 1.) es tan dudosa, que Farinacio in fragmentis in verbo furor, num. 333. pone los Autores que siguen vna, y otra opinion, sin dezir, qual es la mas verdadera.

221 Y Menochio en el consejo 45. num. 40. volum. 1. verf. *Ita pariter*, interpreta la opinion destos autores, que refieren el exemplo del testamento del Tuditano, *ita quod ille non erat verè furiosus, sed quibusdam coniecturis præsumebatur, quæ sanè coniecturæ, ex cõtraria præsumptione ducta à solemni dispositione, extinctæ, atque conclusæ fuerant.*

222 Y en nuestro caso no estamos en terminos de presunciõ, sino de euidencia de que el señor Conde Duque estaua frenetico, y assi no pudo por solo la presuncion de auer otorgado vn poder (que es en el que hallan la prudencia) calificarse que la tuuo.

223 Y esta concordia es la que excluye totalmente la pretension del señor Duque: porque no estando prouado que el señor Conde tuuiesse lucidos interualos, no se puede presumir que el poder para testar se hizo en tiempo de alguno, antes se ha de entender auerse hecho en el del furor.

224 Y Mascardo dicta conclus. 825. num. 15. dize, que aunque el acto sea mas cuerdo, siẽdo hecho por vn furioso, se ha de presumir auerle dispuesto en el tiempo del furor, y auer sido casual el auer salido concertada la disposicion, y lo cõprueua con la decision del capitulo sicut tenor, de regularibus, vbi *testamentum factum ad pias causas non valet, si probaretur testatorem fuisse mentecaptum*, y dize, que el testamento del Tuditano, no valio hasta que por el arbitrio de los Centũviros, fue aprouado.

225 Y tratando de concordar las dos opiniones referidas por Farinacio, dize Mascardo en el num. 16. que la opinion de Decio, que tuuo, que el acto del furioso (aunque prudente) se ha de presumir auerse hecho tempore furoris, deue proceder quando no està prouado que el testador tenia lucidos interualos, y la de Abad, y los demas quando los tenia, y entonces si el acto fue cuerdo, se ha de presumir auerlo hecho en tiempo de la mejoria. Secus, sino lo es.

226 Tratan en el num. 102. y 103. de calificar por cuerda, y prudente la disposicion del señor Conde, por hallarse en el poder para testar todas las circunstancias que vn hombre prudente suele disponer en razon de sepultura, y institucion de heredero, y nombramiento de testamentarios de su mayor obligacion, y puestas en la ordenacion todas las cautelas, y preuenciones, y solemnidades que se acostumbran, ex Caualllerio decis. 621. num. 1. & Farin. decis. 384. num. 10. 1. part. recentiorum.

227 Y no solo no se califica, ni abona el poder cõ estas qualidades, antes son las que mas le desacreditan: porque como queda dicho, de la misma institució de heredera nace el indicio mas fuerte de la falta de juizio.

228 Y las ponderaciones, y cautelas que consideran, pudieran tenerse por suficientes, a ser dispuestas, y ordenadas por el señor Conde Duque; pero no auiendolo sido, sino por Bernardino de Benauides el escriuano (autor deste poder, y q̃ fue el que en el aprieto de la enfermedad, y frenesi, llegò a sacar al señor Conde Duque con sus interrogaciones lo que pudo ser vtil para quien le lleuò a disponer aquella accion) no se puede tener por cuerda la que no nacio de la volũtad, ni juizio del señor Conde, sino de la maña, y fabrica del escriuano, como lo considerò Farinacio in fragmentis, verbo furor, num. 332. vbi dixit: *Quòd actus furiosi habẽtis lucida interualla, licèt præsumatur gestus tempore sanæ mentis, quando talis est, vt quilibet prudens, & sapiens vir, sic illum gessisset, hoc tamen intelligendum est vt procedat, quando spõte fuit gestus, secus si ad alterius interrogationem; quia facile est, vt quisque etiam in furore persistens, affirmatiuè, vel negatiuè, prudenter, casu tamen ipsum interroganti respondeat, & propterea testamentum factum à furioso habente dilucida interualla ad interrogationem notarij, præsumitur factum tempore furoris, etiam quod tale sit, vt quisque sanæ mentis sic testatus esset.*

229 Y alega a Iacobo Menochio cons. 45. num. 40. lib. 1. donde tratando de responder al fundamẽto octauo de la parte contra quien escriuia, que consistia en lo mismo que aqui se pondera por el señor Duque, de estar el poder hecho tan cuerdamente, y con todas las cautelas ordinarias, responde, ibi: *Quandoquidem maior fraudis suspicio adesse præsumitur in eo, quàm in condito, sine interrogatione, potuit enim prudens, & sapiens* (palabras que vienen bien a Bernardino de Benauides) *dementem suo more interrogare, & testamentum scribi facere ordinate, & solemniter, atque ita legi fraudem facere.*

230 Y lo mismo siente el Cardenal Mantica de coniecturis lib. 2. tit. 5. num. 8. ad finem, donde auiendo desde el num. 7. fundado lo mismo que Decio, y Iason, de que si el testamento del furioso, està hecho en cordura, y buena disposicion, se juzga auer sido hecho en el lucido interualo, lo limita en el vers. *Quod sanè intelligendum est*, para que solo proceda, *quando testamentum sine alterius interrogatione factum est, alioquim*

*quim si dubitatur an testator sanæ mẽtis fuerit, testamentum factum ad interrogationem alterius, valere nõ debet, etiam si rectè conditum fuerit.*

231 Quapropter, la decis. 621. de Cauallerio, no se ajusta, porque en el caso en que escriuio, fue sobre vna donacion, hecha por vno, de quiẽ se dezia no ser hõbre de entero juizio; y porq̃ no se prouò el furor, antes constò lo contrario, y auer sido los testigos inducidos, y estar hecha la escritura con todas las solemnidades necessarias, y dispuesta en la forma q̃ qualquier hombre cuerdo la hiziera, se desestimò la pretension de quien le impugnaua, vt videre est in decis. 366. donde el Cardenal Caualleria escriuio sobre la misma controuersia.

232 Y es de ponderar, que en el num. 1. de la decis. 621. de Caualerio (dõde se vale del el señor Duque) poniendo por exclusion de la presuncion del furor, la que resulta de estar el instrumento hecho con todas las atenciones, y cautelas necessarias, y acostumbradas a poner por los hombres cuerdos, cita a Mãtica en el lugar citado del lib. 2. tit. 5 nu. 7. (que es donde limita esta presuncion) para que proceda en los casos en que los testadores obrã por si, y no en los que se hazen sin volũtad propia, por interrogacion de los que a fuerça de maña quieren sacar de los testadores apretados delas enfermedades, y faltos de juizio, lo q̃ a estar con el no pudieran cõseguir.

233 A no poder mas, confiessan en el num. 106. que esta opinion de Decio, y Iason in d. l. furiosum, tiene alguna duda, en quanto a dezir, que quando el testamento del furioso, està cuerdamente hecho, se presume auerse dispuesto en tiempo de sanidad, y cordura.

234 Pero en el num. 107. afirman, que no la ay, quando el furioso tiene lucidos interualos. Y en el num. 108. que el señor Conde Duque tuuo dos muy perfectos, el vno, el Martes a las seis de la tarde, y el otro, el Miercoles al amanecer, y por la mañana. A que se responde.

235 Lo vno, que es muy digno de notar, que auiendo citado en el num. 107. vna coluna de autores, sacados los mas dellos de lugar de Farinacio in fragmentis verbo *furor* nũ. 331. no refiriessen al mismo Farinacio, lo qual hizieron; porque no se llegasse a ver lo que el dize al fin del num. 331. ibi: *Declara præmissam conclusionem duobus modis, vt in sequentibus versiculis*, que el vno fue en el num. 332. quando el testamento no es hecho ad interrogationem. Y el otro en el num. 333. quando no està probado, que el testador furioso, no tenia lucidos interualos.

236 Siendo ambos los q̃ en este caso concurrieron; porque este poder para testar, no fue hecho, como està dicho por el señor Conde Duque, sino a interrogacion de Bernardino de Benauides, y no està prouado, que el señor Conde Duque tuuiesse lucidos interualos; y asi no se puede atribuir el acto del poder para testar, a disposicion del señor Conde, nacida de su voluntad, sino a vn caso, ò a la sugestion, y maña de la interrogaciõ de Bernardino de Benauides, q̃ le sacò con arte, lo que por la contingencia del frenesi, salio

lio en fauor de la señora Condesa.

237 Lo otro, que los dos interualos que se ponderan en el num. 108. no lo fueron; porque los textos que permiten a los furiosos poder hazer testamẽto en los interualos del furor, quieren que sean claros, vt patet ex d.l. furiosum, ibi: *Si vero voluerit in dilucidis interuallis condere testamentum*, y la dicha l. cũ alijs penultima, C. de curatore furios. & prodig. quiere no solo que sean claros, sino perfectos, ibi: *Sed per interualla, quæ perfectissima sint*, como lo nota el Cardenal Mantica dict. decis. 60. num. 2. ibi: *Et vt dementis dispositio valeat, debet habere dilucida interualla, & quidam perfectissima, l. furiosum, C. qui testamẽta facere iuncta, l. cum alijs, C. de curatore furiosi.*

238 Y estos dos requisitos faltan aqui, porque todo lo que dizen los testigos (de que se vale el señor Duque para calificar estos interualos) se reduce à que estuuo el furor mas templado, y que dezia algunas cosas que sonauan a forma de tener alguna apariencia de mejoria en el juizio, y otras que desbarrauan, y descubrian continuarse interiormẽte el humor que causaua el frenesi, segun lo qual podemos dezir en este caso lo q̃ dixo Rod. Suar. in d. alleg. 1. num. 20. ibi: *Imperator duo requirit interualla dilucida, hoc est diuersis modis manifestantia, & declarantia mentis sanitatem, & hæc perfectissima, totum hoc deficit in proposito, cũ ipso actu testandi, & statim post, & parum ante, verba insana protulit, & sic non fuerunt interualla, cum testes deponant de verbis ab ea prolatis, & actibus ab ea factis, tanquam insanæ mentis tempore propinquo tẽpori testamenti, tam ante quam post, nec etiam fuerunt dilucida: nam si aliquod verbum ordinatum proferebat, statim alia multa insanè dicebat, & sic non ex hoc sanæ mentis, sed insanæ iudicandæ venit, cum non sit aliquis, etiam valde stultissimus, qui non dicat aliqua verba ordinata.*

339 Y con solo verà Baldo in l. humanitatis n. 74. C. de impuberũ (citado por Rodrigo Suarez in dict. allegat. 1. n. 20. vers. *Ita cum statim*, citado entre muchos in prima num. 107. y seguido por Gregorio Lopez in l. 11. tit. 5. p. 6. gloss. 9. verbo, *tornar en su memoria*) no era necessario passar adelante en este discurso; porque sobre el caso de la ley en que escriue (que es del padre que tiene vn hijo loco, a quien se permite poder dar substituto) pregunta si despues de hecha por el la pupilar substitucion, sobreuiene al hijo furioso alguna tranquilidad que durasse poco? Si rompera la substitucion? ibi: *Quarto quæro? Post furorem superuenit mentis tranquilitas, sed parum durauit an sit rupta substitutio an vero conualescat?* Y responde, que si la enfermedad se sanò, espira la substitució; pero si solo se disimulò, ò encubrio, y dentro de breue rato boluio el furor, queda en su valor, ibi: *Tu dic, aut morbus fuit sanatus, & expirat substitutio, aut fuit velatus, & non expirat, sed latuit interim.*

240 Que son las mismas circunstancias que aqui concurrieron: porque el señor Conde estuuo frenetico desde el Sabado, y se continuò el frenesi hasta el Martes, que a las

las seis de la tarde se templò, ò dissimulò, y luego le vino el crecimiento, que le durò toda la noche con el mismo delirio, y despues al amanecer se boluio a templar, y al medio dia le sobreuino el letargo, que no le dexò hasta la sepultura.

241 Y por ventura con ellas aurà alguno que se atreua à afirmar que el señor Conde Duque estuuo sano de la enfermedad del frenesi, en aquel instante, ò interualo? No por cierto. Y lo mas que podrà dezir es, lo que dizen los Doctores, Laçaro de la Fuente, y Francisco de Medina. Que en aquellos breues ratos tuuo alguna templança, y estuuo dissimulado el delirio, y segun esto es fuerça que se reconozca, que no auiendo sido sanidad de la enfermedad, sino vna tregua breue, no pudo sustentarse el valor del testamẽto hecho en el segundo interualo, que durò tampoco.

242 Y otra segunda ponderacion, ò pregunta que haze el mismo Baldo, ibidem, assegura mas esta causa, ibi: *Aut fuit furor interpellatus, & interim cessauit; sed tandem rediȷt ad suum esse?*) Que es lo que quiere el señor Duque aya passado en aquel intermedio del frenesi al letargo) y responde, distinguiendo.

243 O la superueniencia del furor, fue inmediata, y propinquo al antecedente.

244 O separado, y distinto, y sobreuenido despues de passados algunos dias.

245 Y en el primer caso resuelue, que permanece la substitucion, ibi: *Aut noua furoris conseruatio est priori quasi coniuncta, aut longo spatio temporis segregata. Primò casu præsumitur eadem causa morbi. Secundò, omnino diuersa, & ideo in primo casu etiam substitutio iure ciuili durat.*

246 Y en el segundo, que se rompe, ibi: *Secundò casu, finita est omnino.*

247 Que es literalmẽte lo que aqui ha passado: porque los interualos de la templança que el señor Cõde tuuo en su enfermedad, fueron tan contiguos al mismo frenesi, que no se puede dezir que huuo diuisiõ, ò separacion de vn tiempo à otro, antes auer sido continuo, y sucessiuo, y el estado del humor el mismo, aunque dissimulado por instantes tan breues.

248 Por quinta, y vltima limitacion, dizen en el num. 110. que la presuncion (que resulta de que prouado el furor, se entiende que dura) procede quando es por su naturaleza durable, y no en el que prouiene de fiebres: porque como entonces procede de enfermedad accidental, no se verifica en el la presuncion de que permanece oy, porque le huuo antes, ex Menoch. lib. 6. præsumpt. 44. n. 1. Sed excluditur.

249 Con solo atender, q̃ aunque el frenesi sea causado por enfermedad, y en cessando la fiebre, cesse tambien, no por esso mientras le padece quien le tiene, està habil para testar: porque como el furioso por naturaleza no puede disponer (por estar priuado del sentido) tampoco el que tiene frenesi por accidente, mientras le padece, vt patet ex cap. finali de successionib. abintestat. ibi: *Quia verò pars*

 *Epis-*

*Episcopi asserebat, se vellè probare, quòd dictus Archipræsbiter in extremis laborans, tamquam phreneticus alienatus erat mente, vnde non valuit quod expressit.*

250 En cuyo caso el frenesi fue causado de enfermedad, de que llegò el enfermo al estremo de la vida, y sin embargo se llegò a dudar del valor de la disposicion, por estar con el quando dispuso, porque la fiebre maligna que procede de humores colericos, passa del cuerpo al animo, y se apodera del celebro, y priua del sentido; y obliga à hablar desacordadamente, y a hazer acciones agenas de juizio, vt probat textus ex l. 1. ad finem, vers. *Interdum*, ff. de ædilitio edicto, ibi: *Interdum tamen inquit, vitium corporale vsque ad animum pervenire, & eum vitiare, veluti contingere; quia id ex febribus acciderit*, l. obquævitia, ff. eodem, ibi: *Sed si vitium corporis vsque ad animũ penetrat, fortè si propter febrem loquantur aliena.*

251 Y por esso Angelo in l. quidam in suo, ff. de conditionibus instit. y Cino in l. senium, C. qui testamenta facere possunt, aconsejã a los Escriuanos no otorguen testamentos de enfermos, a quien la fiebre les causare frenesi (a quien refiere Rodrigo Suarez dict. allegat. 1. n. 8. & prius dixerat, nu. 7. *Quòd sunt medicinæ magistrorum sẽtẽtiæ verissimæ, habentes pro certo, quòd patiens phrenesim, est mente alienatus, & insanus, & sic intestabilis.*

252 Y assi no ay que distinguir en si el frenesi vino por accidente de enfermedad, ò por naturaleza, porq̃ para lo que es hazer intestable al que le padece mientras està con el, lo mismo obra el vno que el otro, y corre igualmente la presuncion que resulta del furor antecedente para lo futuro, en el vn caso, que en el otro, ita tenet Caldas Pereira dict. cons. 24. num. 4. ibi: *Ex ægritudinis igitur qualitate detegitur mentis alienatio, quia cum pridiequam testaretur, phrenesi laboraret, tempore etiam testamẽti alienatus censetur, furoris enim cõtinuatio præsumitur, simul, ac furör hominem semel ab arce iudicij, & rationis deiecit, textus & ibi glossa verbo compotem in dicto cap. finali, de successionibus abintestato.*

253 Y si bien Cesar Argelo de adquirend. possess. quæst. 3. art. 1. nu. 64. dize, que no todos los actos que descubren flaqueza de juizio impidẽ el poder hazer testamento, sino solo los que llegan à priuar del, ex Iason in dict. l. furiosum num. 2. C. qui testamenta facere, Decio in d. l. humanitatis, numer. 1. C. de impuber. Y en el num. 65. que no basta que falte vso de razon al que llega à hazer testamento al tiempo de hazerle, sino que ha menester que estè priuado de juizio.

254 Mas en el num. 76. reconoce: *Quòd qui mania, seu phrenesi laborant, cum omnis rationis vsus adeptus sit, absolute furiosi dicuntur*, y luego saca por consequencia, nu. 77. que los que le padecen no puedẽ testar.

255 Igitur, si la falta del vso de la razon, es la que les impide, no importa mas que la falta de juizio venga por accidente, ò por naturaleza, porque mientras se estuuiere sin vso de razon, no se podrà testar.

Y lo

256 Y lo siente assi Iacobo, Menoch. dict. præsumpt. 44. num. 1. (donde se vale del el señor Duque de Medina, para dezir, que no corre la presuncion de que el que tuuo frenesi, por causa de vna enfermedad, le tiene oy) porque no haze mas, q̃ referir la opinion de Alciato, y entenderla al fin del numer. 1. *Si modo tantum temporis elapsum est, quo consueuit morbus ille curari, & sanitati præstinæ eo affectus restitui.*

257 Que fue venir a reconocer lo mismo que por nuestra parte se dize, scilicet, que quando el frenesi es causado por enfermedad, si es passado el termino, y curso ordinario della, y està restituido el enfermo a su salud, no correra bien la presuncion, pero no estando acabada la enfermedad, y mientras dura la fiebre en el mismo estado, y el frenesi que la causò, procede bien la presuncion, de que mientras dura la enfermedad, y el frenesi (que resultò della) se continua en el enfermo, y le dura oy, como le tuuo ayer.

258 Y lo mismo siente Paulo Zachias alegado por el señor Duque en su papel, num. 111. en el tratado de questionibus medicis, & legalibus, tom. 2. tit. 1. quæst. 23. porque aunque al principio assienta la limitacion (en la forma que la ha menester la parte del señor Duque) pero dize, que no tiene Iurisconsultos con que prouarla, con q̃ viene a quedar su sentir en terminos de calificacion de medico, y segun ella afirma: *Quòd deliria, aut dementiæ in febribus sunt earũdem febrium sintogmata, recedente ergo febre, ipsa etiam recedere necesse est.*

259 Lo qual no se niegã por el señor Marques, que si cessara la enfermedad que el señor Conde padecio, cessara el frenesi causado por ella; pero como siempre fue creciẽdo hasta que dio con el sugeto en la sepultura, corre bien la presuncion de que el frenesi durò siempre miẽtras durò la enfermedad.

260 Y Paulo Christineo tom. 1. decisionum Belgicarum, decis. 182. nu. 14. es verdad que haze distincion entre los freneticos por naturaleza, ò por accidente, y dize, q̃ no se deue hazer con ellos lo que con los furiosos; pero no es para el intento de que se pretende valer el señor Duque, sino para otro diferente, scilicèt, si se le puede dar curador, como al que lo es por naturaleza, y dize, que no; *Quia cum morbus talis ad tempus sit, & duret; quia ex febri contingit*, no es justo darle curador que mira a continuacion de tiempo, y esto es diuerso de nuestro caso.

261 Y solo en vna cosa halla este autor igualdad entre ambos, y es en quanto a no poder disponer: porque en esto no ay diferencia, y es lo q̃ ha menester el señor Marques de Leganes.

262 Y el Cardenal Lugo de iustit. & iur. tom. 2. disput. 24. sect. 4. num. 62. es cierto auer en el las palabras que se ponen en el papel contrario (que miran à dezir, que no corre la presuncion en los que estan sin juizio, con ocasion de alguna fiebre) pero si quien las trasladò viera lo que dize en el num. 63. que omitio (porque no le estaua bien) dexara de citarle, pues hallara que tratãdo

do del que estando enfermo, y delirando haze testamento, disputa si le puede hazer, y resuelue la question, distinguiendo con estas palabras, ibi: *Videndum esse, an tempore magis vicino antecedenti, vel consequenti deliraret, ex hoc enim colligitur; status illius temporis qualis fuerit, nam si immediato ante delirabat, non præsumitur tunc mutatus, nisi probetur mutatio, si vero immediato ante sanã mentem habebat, non præsumitur, etiã mutatus ad delirium, nisi probetur.*

263 Demanera que para hazer el juizio de si estaua, ò no para testar, dize; que se ha de mirar a los tiempos antecedentes, y subsiguientes, y sacar dellos la presuncion en la forma que se deue sacar en el furioso, que tiene lucidos interualos, en que se mira si son, ò no proximos al furor, y si lo son, se presume auerse hecho el testamento en tiempo en que estaua fuera de juizio, corriẽdo las mismas reglas en los que deliran por accidente de enfermedad, que en los que estando furiosos por naturaleza tienen lucidos interualos.

264 En el num. 112. cum sequentibus, no hallan que responder a la alegacion 1. de Rodrigo Suarez, num. 19. y a Caldas Pereyra cons. 24. n. 19. mas de ser alegaciones ordinarias, y hablar en frenesi propio, y no en el accidental, que procede de fiebre ardiente.

265 Y esto no es responder, sino negar lo que en ellos mismos se vè, pues hablan en frenesi causado de enfermedad, y supuesto que el frenesi propio, ò impropio priua del sentido, y causa delirio eficaz para impedir la faccion del testamento, como queda dicho, y lo prueua Sforcia Oddo cons. 93. num. 9. (donde hablando de los furiosos por naturaleza, y por accidente) dize: *Et quo ad testamentum condendum omnes præfati æquiparantur; quia testamentum eorum regulariter non valet*, ex Baldo in l. sed & milites, §. iam autem, ff. de excusat. tutorum, Gabriel Sarain. in additionibus ad Mathesil. singul. 179. n. 2.

266 Y aunque el frenesi no sea perpetuo, sino temporal, mientras dura la vehemencia de la calentura; no se puede dexar de reconocer no auer cessado en el señor Conde Duque, antes auerse ido aumentando la grauedad de la enfermedad, y creciendo los accidentes sin que el vno excluyesse al otro, antes juntos fueron agrauando mas el celebro, vna vez con el humor ardiente, y otra con el frio, sin dexar intermedio de intermission en que huuiesse juizio para testar.

267 Desde el num. 123. intentan satisfacer al otro estremo del letargo que sobreuino al señor Conde Duque despues de otorgado el poder para testar, de que por nuestra parte se induce no auer tenido capacidad para poderle hazer, y dizen, que pudiera proceder nuestro discurso, si el letargo huuiera sido accidente igual al que causò el frenesi, y que siendo diferente no se puede jũtar el vn estremo con el otro, para hazer el medio de vn mismo genero. Sed excluditur.

268 Tùm, que el primero, y segundo estremo de tiempo que el señor Conde Duque tuuo de falta de jui-

juizio, conſtituyen tal preſuncion contra el valor del poder, que pone al ſeñor Duque en obligacion de prouar que eſtuuo el ſeñor Conde en ſu entero juizio, quanno le otorgò, y no prouandoſe, aſsiſte la preſuncion de la continuaciõ de la falta de juizio contra el teſtamento, vt conſiderat Ceſar Argelo de acquirend. poſſeſſ.q.3.art.1.n.94.95.& 96.

269 Et tùm, que el ſer el ſegundo eſtremo de letargo, y el primero de freneſi, no impide la junta de los dos eſtremos; porque para darſe la mano el vno con el otro, no es meneſter que ſean de vna miſma eſpecie, ſino baſta que concurran en quanto a la calidad natural, como ſe verifica en el miſmo lugar de Argelo, porque en èl fue el primer eſtremo de furor, y el ſegundo, que ſobreuino deſpues del teſtamẽto, fue de demẽcia, y ſe juntarõ para conſtituir la preſuncion, de que en el intermedio no huuo capacidad para teſtar.

270 Et comprobat bene Alexander conſ.92.n.24. vol.5. donde tratando: *Vtrum ex præſenti præſumatur in præteritũ*, diſtingue: *Quòd aut ſtatus præſens, poteſt concurrere cum naturali veritate antecedentis ſtatus, & ex præſenti præſumitur in præteritum, aut non poteſt concurrere cum naturali veritate antecedentis ſtatus, & tunc ſecus*, y pone el exẽplo en el furioſo, y dize: *Quòd ſi dicimus aliquem hoc anno fuiſſe furioſum, hoc poteſt concurrere cum naturali veritate ipſius originarij ſtatus*: Y aſsi ſe jũta el vn eſtremo cõ el otro

271 Y como alli ſe juntaron, deue hazerſe lo miſmo en el nueſtro eſtando prouados los dos eſtremos, aunque el primero aya ſido de frenetico, y el poſterior de letargo, porque eſte concurre con la verdad natural del primero, en quanto a no auer tenido juizio el ſeñor Conde, en el vno, ni el otro: y aſsi deuen juntarſe para preſumir la falta del en el intermedio.

272 Y en la miſma forma lo entendio la Rota Romana deciſion. 107.part.2.diuerſ.num.26.ſiguiendo la reſolucion de Alexandro, ibi: *Accedit etiam quod furioſus, & demens, poſt præſumitur etiam fuiſſe furioſus, & demens retro, & ſic etiam tempore actus, vt in terminis format Alexander conſ.92.num.23. & 24. lib.5.motus ea ratione, quòd ex præſenti præſumitur in præteritum, quando præſens ſtatus, poteſt concurrere, cum naturali veritate ſtatus præteriti, ſed præſens ſtatus furioſi, poteſt concurrere cum naturali veritate ipſius originarij ſtatus: quia potuit naſci demens.*

273 Y al fin del miſmo numero trata de reſponder a otros autores, que no aſsienten a la opinion de Alexandro, y dize: *Quòd quando vltra ſtatum præſentem, concurrit aliqua coniectura, vel præſumptio furoris retro, tunc abſque dubio præſumitur in præteritum.*

274 Vnde, no puede auer repugnancia alguna entre el vno, y el otro: porque quãdo la huuieſſe auido, por depender el vno de humor calido, y el otro de frio, ambos fueron capaces de priuar del juizio, y por el conſiguiente el intermedio ſe ha de juzgar por de la miſma calidad de priuacion de juizio, ſegun

la doctrina de Baldo in d. l. furiosum, donde por la cercania del furor al tiempo del testamento, y por el que despues sobreuino, se presume auer sido de la misma qualidad, el intermedio, y lo considerò assi la Rota decis. 129. num. 2. part. 2. diuersorum, Ancharrano cons. 5. n. 5. Ruino cons. 67. num. 11. propè finem, lib. 1. Alexander cons. 54. n. 2. lib. 1. vbi tradunt: *Quòd si furor extiterit, paulò ante dispositionem, & paulò post, probata dementia antecedenti, & subsequenti, præsumitur etiã dementia media.*

275 Con que la pregunta que hazen los Abogados del señor Duque en el num. 128. a los del señor Marques de Leganes, Sobre q̃ quieren aya auido en el medio de la repugnancia del estremo del frenesi, y del letargo; Queda satisfecha con dezir huuo falta de juizio, y capacidad, como en los otros dos estremos, por presumirse assi, y ser preciso que lo huuiesse, y fuesse con mayor vehemencia, agrauandose mas el sugeto del paciente con el mismo encuentro de los humores contrarios, de que se hizo vn mixto, que en la junta obrò el mismo efecto de priuacion de juizio.

276 Y se dexa de responder al num. 129. sobre si el señor Duque tiene, ò no prouado auer el señor Conde Duque estado en su juizio al tiempo de otorgar el poder, por reseruar la respuesta para el lugar dõde lo procuran fundar, mas ex professo.

*Oposicion segunda del señor Marques de Leganes, al poder para testar.*

277 Reducese a que auiendo sido el testamento del año de 642. hecho en fauor de hijos, y el del año de 645. en fauor de estraños, no quedò reuocado por el, como se fundò in prima, ex num. 190.

*Respuesta del señor Duque de Medina.*

278 Desde el num. 131. intentan satisfacer a esta oposicion. Y en el num. 132. ponen por primera respuesta, que el priuilegio que tiene por si el testamento en fauor de los hijos (de quo in Authent. inter liberos, C. de testamentis, con quien cõcuerda la l. 8. tit. 1. part. 6. de no poder ser reuocado por otro posterior hecho en fauor de estraños, por auer en el clausula legal subintelecta reuocatoria de otros qualesquier testamentos futuros) no procede en fauor de estraños. Sed hoc euertitur.

279 Porque los Abogados del señor Duque aplican la limitacion a este caso, que no le viene: porque es de aduertir, que los testamentos hechos a fauor de hijos, tienen dos priuilegios.

280 El vno, de no poder ser reuocado por otro posterior, sino es que en el aya especial derogacion del (de que hablan la Authentica inter liberos, C. de testamentis, y la ley 8. tit. 1. p. 6.)

281 Y otro de que la voluntad de los padres, dispuesta en fauor de hijos ( aunque sea sin solemnidad bastante ) valga con solo dos testigos, por mas que sea en testamento imperfecto ( de quo in l.hac consultissima, §.ex imperfecto, C.de testamentis, con quien concuerda la ley 7.tit.1.p.6.ibi: *Otro si decimos, q̃ si en tal testamento como este, fuesse ayuntada otra persona estraña, que heredasse al padre en vno con los fijos, que en quanto tañe a la persona del estraño, non valdria el testamento, como quier que en todas las otras cosas q̃ fuessen ì escritas, y puestas, y dichas, valdria el testamento.*)

282 Y deste segundo priuilegio, habla la limitacion, que en cõtrario se pondera ( de que en mezclandose con la disposicion, hecha en fauor de los hijos, persona estraña) no obra en quanto a ella el priuilegio del defecto de la solemnidad, vt patet ex dict.§.ex imperfecto, & ex l.fln.C.familiæ erciscundæ ( que es la que trae en su fauor ) y contiene las mismas vltimas palabras del §.ex imperfecto.

283 Y sobre este es, del que habla Filipo Pascalio de viribus patriæ potestatis, p.2.cap.8. num. 28. Y en el num.36.de la clausula codicilar sub intellecta, en que reconoce no deuerse tener por puesta en fauor de estraños.

284 Y Boerio en la decis.240. habla tambien del priuilegio del testamento menos solemne ( en que cõ los hijos estàn mezclados estraños.)

285 Y Mantica de coniecturis lib.6.tit.2.n.20.tambien en el §.ex imperfecto, y dize, que el priuilegio deste textõ, es potius, en fauor del padre, que de los hijos.

286 Y Fusario de subst. q.393. num.38.in eodem, §.ex impefecto.

287 Y solo Sforcia Oddo cons. 89.numer.45.habla en el caso de la authentica hoc interliberos, y reconoce, que su decision se hizo en fauor de los hijos, y con este supuesto defiende, que dexò de valer el testamento primero; porque aunque en el estaua instituida la hija, se auia dexado al marido el vsufructo por todos los dias de su vida, y en el segundo estaua instituido vn nieto, hijo de la hija, y como el primero no auia sido en fauor de hijos, quedò reuocado por el segundo, por ser en fauor de vn nieto.

288 Y ninguno destos autores funda, ni prueua lo que la otra parte ha menester, scilicèt, que aunque estè en el segundo testamẽto instituido vn estraño, queda reuocado el primero, antes es conclusion que no recibe duda, que en siendo hecho el segundo en fauor de estraños, no es eficaz para reuocar el primero, hecho entre hijos, sin especial derogacion del, como lo defiende Marta de succesione legali 2.tom.part.4.q.4 art.7.num.27.vers. *Aut secundum,* vbi dicit: *Sic tenere infinitos authores.*

289 Y esta conclusion, solo pudiera ser aplicable, en caso que se tratara de sustentar el testamẽto del año de 642. por defecto de no auer tenido solemnidad, y auerse hecho entre hijos; porque entonces el priuilegio del §.ex imperfecto, pudiera aprouechar al hijo, y no al estraño, que estuuiera instituido juntamente con el.

Pe-

290 Pero auiendo sido la disposicion del año de 642. vna fundacio legitima de mayorazgo, en fauor de hijos legitimos, y en su defecto en don Enrique Felipez de Guzman su hijo legitimado, y no teniẽdo defecto alguno de solemnidad, ni de imperfeccion alguna, ni tratandose por el señor Marques de Leganes de aprouecharse de la decisiõ del §. ex imperfecto, sino de la authentica inter liberos, es fuera de camino, dezir, que este priuilegio no puede aprouechar a los estraños.

291 Y en la forma que la otra parte quiere entender esta limitaciõ, viene a ser totalmente contra el, y se opone al priuilegio de la authentica inter liberos, segun el qual no puede ser reuocado el testamento, hecho entre hijos por el segundo, en que estan instituidos estraños, y aqui procura lo contrario, scilicet, que queda reuocado el hecho entre hijos, y permanezca, y se sustente el hecho en estraños, quod minime permitendum est.

292 Y con esto se satisface a lo que se dize en el num. 133. de que el testamento del hijo preterido, se sustenta, si el mismo hijo no le acusa, y que callando el preterido, no puede el estraño valerse de la nulidad del testamento.

293 Lo vno con que don Enrique Felipez de Guzman, no supo que huuiesse auido el testamẽto del año de 642. y murio antes que la señora Condesa le descubriesse, y manifestasse; y asi no pudo intentar q̃ se sustentasse aquel, y permaneciesse el de 645. y es cierto que a tener noticia del, lo intentara, porque aquel le era fauorable, y el otro no, respecto de que en el estaua instituida la señora Condesa.

294 Lo otro, que la conclusiõ cõ q̃ quierẽ calificar este discurso, es estraña del caso, respecto de que la disputa de la glossa verbo, *tunebitur*, in l. filio præterito 17. ff. de iniusto rupto, deue entẽderse segun el caso de la misma ley, q̃ es de vn testamẽto de vn padre enq̃ instituyò sus hijos por herederos, y dexò preterido a otro, y disputa, si antes q̃ el hijo le acuse como inoficioso, y injusto, podran los otros hermanos instituidos valerse de la nulidad causada por la preterición, y la Glossa dize que no (a quien sigue Tiraquelo in l. si vnquam, verbo *Reuertatur*, num. 13. C. de reuocandis donat.) Y contra la Glossa asiste Iulio Claro lib. 3. sententiarum, §. testamentum quæst. 43. vers. *Successiuè*, donde tiene, y lleua: *Quòd antequam impugnetur à præterito, possunt cæteri fratres instituti allegare nullitatem.* Y en el num. 4. añade: *Quòd præterito tacente, potest vnus ex institutis, cui fortè minus relictum est, dicere testamentum nullum*, y luego inmediatamente en el vers. *Quæro numquid hæc approbatio*, dize, que aunque el hijo preterido aprueue el testamento, nihilominus, los otros hermanos podran valerse de la nulidad, ex persona fratris præteriti, dãdo por razon: *Quòd statim defuncto patre, fuit illis ius quæsitum, ad contratabulandum, & sic reducendum omnia ad causam intestati, meritò tale ius per ipsum præteritum non potest ab eis auelli*, y afirma, que en practica no se puede apartar desta resolucion.

Y

295 Y desta misma opinion es Andres Fachineo lib. 13. cõtrouers. cap. 68. dõde dize: *Nullibi enim dicitur, testamentum esse nullum si filius hoc petat, dicatque nullum esse.*

296 Y en confirmacion deste discurso, se podria alegar la ley si post mortem, §. finali, ff. de bonorũ posses. contra tabulas, ibi: *Cum enim semel beneficio aliorum, ad id beneficiũ fuerunt admissi, iam non curant, petant illi necne bonorum possessionem.*

297 En el num. 134. y 135. quieren aplicar otra limitacion aun menos ajustada, y dizen, que no procede la Authent. inter liberos, quando en el segundo testamento estan tãbien instituidos hijos: porque siendo ambos priuilegiados, se ha de estar al mas fauorable, y postrero, por reducirse las cosas al derecho comun, como lo considera el mismo Marta dicta 4. p. q. 4. art. 7. num. 25. & 26.

298 Sed conuincitur, con la misma letra del poder para testar, que el señor Conde, dizen auer otorgado, en el qual no se halla instituido ningun hijo del señor Conde, si no solo la señora Condesa su muger, que fue persona estraña, respecto del señor Conde, con que en fauor del testamento del año de 642. queda en su fuerça, y vigor el priuilegio de la Authent. inter liberos.

299 Y para hazer que venga al caso esta limitacion, violentan el hecho en el num. 136. y dizen que en el testamento que la señora Cõdesa hizo, como comissaria del señor Conde su marido, se fundó mayorazgo en los del Marques de Mayrena, y de sus hijos, y descendientes, y que se ha de tener por testamento del señor Conde, como hecho en virtud de su poder, ex Matienço in l. 11. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 1. & 2. vbi dicit: *Quòd vnum, & idem censetur testamentum.*

300 Pero es de aduertir, que aunque se aya de juzgar por testamento del señor Conde, el hecho por la señora Condesa, serà en quãto a las mandas, y legados dexados, y disposicion del alma, y sufragios; pero en quanto a la fundacion del mayorazgo no: Porque essa fue de la señora Condesa, que dispuso de ellos, como bienes suyos, respeto de que el señor Conde, no hizo mas q̃ dexar en todos ellos por heredera à su muger; y assi se ha de tener por disposicion propia de la señora Condesa, y no del señor Conde, cõ que noviene à auer en el poder del señor Conde el priuilegio que quieren suponer de la institucion de hijos.

301 Y al intento antecedente, se opone, y contradize, el que dizẽ en el n. 137. que tuuo el señor Conde en Toro, de reuocar el testamẽto del año de 642. y dexar todos sus bienes a su muger, para que sus hijos, y el señor don Luis Mendez de Haro estuuiessen dependientes de la señora Condesa; porque si esta fue su voluntad, y no la grauò a que huuiesse de dexar sus bienes a los dichos sus hijos; Luego el dexarselos, y sugetarlos a nueuo vinculo, fue disposicion de la señora Condesa, y deue ser tenida por tal, y no por disposicion del señor Conde.

302 Y con todo respondemos a lo que quieren dezir, dicto num. 137. del intento que suponen tuuo el señor Conde de reuocar el testa-

 mento

mento del año de 642. y que constando auerle tenido, se ha de tener por reuocado, aunque no aya especial reuocacion del primero en el segundo.

303 Que es menester mirar mucho las alegaciones que se ponen en la informacion contraria; porq lo hazen demanera, que al sonido parece que se aplican, y miradas, no tienen que ver con el caso para que se alegan.

304 Y para que se conozca, es preciso presuponer, que los autores que citan in d.n. 137. hablan quãdo vn testador haze vn testamento, y en el (con temor de que no le obliguen con instigaciones à hazer otro contra su voluntad) se preuiene de vna clasula saludable derogatoria de las reuocatorias; que en otro qualquier testamento hiziere despues, vt animaduertit Marta dict. part. 4. q. 4. art. 7. ex n. 2.

305 Y en este resuelue en el n. 4. que donde se pusiere semejante clausula, no podrà ser reuocado por otro: *Nisi in eo adsit clausula reuocatoria generalis prioris testamenti: quia dixit casans, & irritans, &c.*

306 Y en los numeros siguientes pone otros modos de reuocar, y haze declaraciones, sobre quando se ha de tener por reuocacion especial, y entre ellas pone en el nu. 22. la de que se vale el señor Duque, scilicet: *Quando constat de voluntate testatoris, voluisse secundum testamẽtum valere, etiam si forma mentionis clausulæ derogatoriæ obseruata non fuerit.*

307 Y en este mismo caso habla Menoch. dicta præsumpt. 166. num. 34. (donde se cità en el papel contrario) que es otra tercera declaracion del segundo caso, que el mismo Menochio puso ibidem, nu. 12. del que hizo el primer testamento, y en el la clausula: *Quòd si aliud testamentum fecero, illi per hoc præsens derogatum esse volo*, y en este es donde añadio en el num. 34. por via de declaracion: *Vt non habeat locum quãdo constat alio modo, testatorem voluisse mutare testamentum, atque ita præcedentis pœnituisse*, y esto no se aplica a nuestro pleito.

308 Porque del que tratamos, es del testamento hecho entre hijos, en que por fauor suyo se presume estar puesta virtualmẽte la clausula derogatoria de otros testamentos que se hiziessen en fauor de estraños, y en este no habla ninguno de los autores citados por la otra parte, ni pueden hablar: porque en el es conclusion inconcusa, que para que quede reuocado el testamento primero hecho entre hijos, por otro posterior, hecho en fauor de estraños, es menester que se halle en el puesta derogaciõ especial de la clausula derogatoria de otros (que la ley tiene por virtual, y suplida) y sino queda firme el primer testamento, vt videre est per ipsum Martam ibidem, ex num. 24. præcipuè, nu. 27. & per Menochium dicta præsumpt. 166. num. 60. præcipuè, nu. 62. dõde distingue dos casos, y en el primero (*que es quando secundum testamẽtum est factum inter extraneos, & primum inter liberos*, resuelue: *quòd hoc sanè casu requiritur specialis derogatio, ad præcedens illud testamentum inter liberos factum.*

Con

309 Con que queda comprouado que no basta auer mostrado el señor Conde Duque voluntad de reuocar el testamẽto del año de 642. sino que por ser hecho en fauor de hijos, deuio en el poder para testar, (por ser entre estraños) hazer especial derogacion del primero.

310 En el num. 139. dizen, que quando sobreuiene nueua causa para reuocar el testamento anterior, queda reuocado por el segũdo (aun que en el no aya especial mencion del otro)

311 Pero no dan ninguna suficiente para la reuocacion: porque las en que los autores ponen el exẽplo son, enemistad graue que sobreuenga entre el testador, y el heredero instituido, vt videre est per Menochium dicta præsumpt. 166. nu. 37. & per Manticam de coniecturis lib. 12. tit. 8. num. 17. (que lo tomaron de Baldo in l. sancimus, num. 8. C. de testamentis, vers. *Vel quia noua ratione*) ò auer muerto el hijo, ò la persona instituida, por cuya contemplacion se auia hecho el primer testamento (de quo Menochius ibidem num. 38.)

312 Y aqui la que expressan no es dellas, ni tal que pudiesse obligar a mudar el testamento de 642. porque el auerse retirado a Toro antes era para obligar a permanecer en el testamento anterior que tenia otorgado, que a hazer otro, ò mudar el hecho con tanto acuerdo, y en sana salud, en que auia obrado con toda la atencion possible, fundando su casa, y mayorazgo en sus descendiẽtes legitimos, y en su hijo don Enrique (que es lo que considerò Gaspar Antonio Thesauro lib. 1. quæstionum forens. quæst. 56. num. 10. de quo in prima num. 197.)

313 Maximè, que esta limitacion procede quando en el segundo testamento tambien estan instituidos hijos: porque entonces auiendo causa para reuocar el primero, se entenderà reuocado por el segundo, (aunque en el no aya especial reuocacion del otro) ita Baldus in d. Authent. inter liberos, num. 4. y en este caso es en el q̃ habla Sforcia Oddo dicto cons. 89. num. 80. & 81.

314 Y no auiendo aqui nueua causa (y faltãdo la qualidad de estar instituidos los hijos en el poder para testar, y hallandose instituida por heredera vna estraña) no se puede dezir, que sin especial derogaciõ, quedò reuocado el primero.

315 Por no dexar limitacion alguna, que se pueda aplicar, dizen en el num. 141. que para reuocar qualquier clausula derogatoria anterior, no es menester se haga especial derogacion en el segundo.

316 Cæterùm, como ya queda dicho, no se aplica al caso de la Authentica inter liberos: porque en siendo el segundo hecho en fauor de estraños, no basta derogacion general, sino especial, y en esta forma deue entenderse lo que dize Menochio dicta præsumpt. 166. num. 18. donde habla sobre el caso propuesto en el num. 12. (en que no trata de testamento anterior hecho en fauor de hijos, sino de vno en que se auia puesto vna clausula derogatoria de otro qualquier testamento que despues hiziesse) porque de otra suerte fuera dezir lo cõtrario de lo mismo

que

que despues dize, ibidem, num. 62. y contra lo que dexamos assentado con Marta dicto art. 7. num. 27. de que en estando instituidos estraños, no basta la general reuocacion, no auiendo la especial del testamento hecho en fauor de hijos.

317 En el num. 146. quieren que para poder proceder la disposicion de la Authent. inter liberos, los hijos ayan de ser legitimos, y que no proceda en los naturales, ò espurios.

318 Y en esta limitacion les sucede lo q̃ en otras (que es valerse de las doctrinas, y autores en los numeros que les està bien, y omitir lo que les està mal, por si no se vè.)

319 Como con Boerio decis. 240. que le citan en el num. 13. donde dize, que el §. ex imperfecto, no ha lugar en hijos naturales, y dexan lo que dize en el n. 14. de que procede en los legitimados.

320 Y cõ Antonio Thesauro decis. 94. que pone ambas opiniones afirmatiua, y negatiua, y al fin del num. 1. dize lo que sintio Boerio, y reconoce que la causa de auer seguido el Parlamento aquella opinion, fue por auer sido hijo espurio legitimado.

321 Y con Iulio Claro han vsado lo propio, porque le alegan en el §. testamentum, quæst. 12. n. 1. vbi dixit: *Non procedere in naturalibus.* Y en el n. 3. siente lo contrario en los legitimados.

322 Y con Andres Gail, porque en la obseruacion 112. nu. 18. lib. 2. testatur: *Quòd non habet locum in filijs naturalibus.* Y en el n. 21. siente con la opinion de Baldo: *Quòd procedit in filijs legitimatis, quia habent ius filiationis, & suitatis.*

323 Y con Andres Fachineo lib. 4. controuers. capit. 3. qui dicit: *Quòd in naturalibus non procedit, & secus in legitimatis.* Demanera, que siendo don Enrique Felipez de Guzman legitimado, se deue entender, y aplicar para con el el fauor de la authentica hoc inter liberos.

324 Como llegaron a temer, que no auia de ser possible dexar de conocerles el arte de las alegaciones. Dizen en el num. 147. & 148. q̃ esta regla procede en los legitimados (que fueron naturales) y no en los que fueron espurios; porque se juzgan por dispensados, ex Decio cons. 263. vol. 1. & cons. 610. vol. 2. Sed etiam excluditur.

325 Porque si ajustaran la cedula de legitamacion que tenia don Enrique Felipez de Guzman, con las mismas alegaciones de que pretenden valerse, hallaràn que era contra si, como otras de que tambien se han valido, y dexaran de llamarla dispẽsacion (por ser, como es, vna legitimacion verdadera, y amplissima, hecha por su Magestad con restitucion a los natales, y sin limitacion alguna) y en este caso no ay diferẽcia alguna entre el espurio, ò natural legitimado, y en ambos procede igualmẽte el priuilegio de la authentica hoc inter liberos.

326 Y para este intento es terminante el consejo de Carolo Ruino 86. vol. 3. que habla en vna hija espuria legitimada, instituida en el primer testamento del padre (cõtra quien se oponian los hermanos del testador con otro segundo testamẽto

tō en que los āuia instituido por herederos, y reuocado otro qualquier testamento que huuiesse hecho) y la hija replicaua, que siendo el primero hecho en fauor de hija legitimada (y presuponiendose por la ley, auer auido en él clausula derogatoria de otro qualquier testamēto posterior, hecho en fauor de estraños por la authētica hoc inter liberos) no auia quedado derogado por el segundo, mientras no huuiesse en el mencion especial del primero, y insistido los herederos del segundo, en que por auer sido espuria, no era legitimaciō la que tenia, sino dispensacion, sin embargo defendio la causa de la hija Carolo Ruino, por el priuilegio de la authentica hoc inter liberos, y fundò latamente, que quier fuesse legitimacion, ò dispensacion, siempre deuia obseruarse con ella el priuilegio, y no auer quedado reuocado el primer testamento, por el segundo, en que no se hizo mencion del primero en fauor de hijos.

327 Y aunque Philipo Decio conf. 263. vol. 1. defendio lo cōtrario en el mismo caso, en fauor de los hermanos, contra Margarita Gonçaga, hija espuria, legitimada en fuerça de la reserua, hecha en la legitimacion (de que fuesse sin perjuizio de los venientes abintestato) constituyendo diferēcia entre la legitimacion, y la dispensacion.

328 El mismo Decio en el n. 3. vers. *In hoc tamen*, dize que juzgaua por necessario, ver las palabras de la legitimacion; porque pudieran estar tan amplias, que aunq̄ el modo de la sucesion huuiesse sido limitado, sin embargo pudiera ser tenida por legitimacion.

329 Y si bien despues en el vers. *Sed quidquid sit, & quomodocunque*, lleua lo contrario (aunque huuiesse sido la legitimacion muy amplia) y dize que los instituidos en el segundo testamento, por ser hermanos, han de vencer (porque para con ellos deue obrar la clausula reseruatiua de la legitimacion.)

330 En el mismo modo de responder a las oposiciones contrias, descubre la fuerça del priuilegio de la authentica hoc inter liberos, y no halla otra cosa que responder a el, en el vers. *Ex his etiam repondetur ad illud* sino dezir: *Quòd possunt habere locum in vera legitimatione, quæ fauorabilis est, secus in dispensatione de qua agitur, quæ odiosa est.*

331 Demanera, que si viera Decio la amplitud de la legitamacion de don Enrique, sin duda no la pusiera, en lo que oy la ponen los Abogados contrarios, pues como consta del memorial n. 1075. le habilitò su Magestad, y hizo capaz como si fuera hijo legitimo para sucessiō de qualesquier bienes, mayorazgos, oficios, rentas, encomiendas, y todo lo demas, sin excepcion de nada, restituyendole al estado de tal, en la forma mas amplia, y fauorable, que se pueda, y deua cōsiderar.

332 Y con ver el consejo 86. de Carolo Ruino, no es menester mas para quedar desvanecido quanto se dize en el consejo de Decio 263. que es mucho mas docto.

333 Y si bien el mismo Decio dicto conf. 610. bueluе a insistir en lo propio, en otro caso diferente en que escriuio, va con el mismo presu

O puesto

puesto erroneo,de tener por dispẽsaciõ;la legitimaciõ,por solo auerse hecho con la clausula reseruatiua,de que fuesse sin perjuizio de los herederos abintestato ; la qual no puede obrar,para q̃ dexe de ser legitimacion absoluta, sino solo para q̃ se tenga por limitada para el modo de suceder.

334 Y el Cardenal Mantica de coniecturis lib.6.tit.2.num. 32. reconoce:*Quòd Authent.hoc inter liberos,procede in legitimatis spurijs*, y refiere el consejo de Carolo Ruino 86.y afirma que Decio dicto cons. 263.sintio lo mismo,y solo se apartò quãdo *solùm fuit dispensatus*, y lo mismo refiere Marco Antonio Peregrino de fideicommis.art. 23. nu. 28. vers. *Sic quoque dispositio textus.*

335 Y por remate deste discurso alegamos a Iuan Baptista Lupo de illegitimis,comment.3. §. 1.nu. 70.donde por la doctrina de Baldo in cap.de causis,num. 62. vers. *Et spurius legitimatus de officio Delegati*,y otros autores que alega, lleua q̃ el testamento hecho en fauor de los legitimados,vale,aunque le falte la solemnidad necessaria, ex §. ex imperfecto de quo satis : porque la legitimacion excluye todas las ponderaciones contrarias.

*Oposicion tercera del señor Marques de Leganes.*

336 Que la causa de auer otorgado el señor Conde el poder para testar, fue por no auerse acordado que tenia hecho el testamento del año de 642. y auiendo sido falsa no pudo tener valor alguno, vt in prima,num.219.

337 Desde el num. 164. hasta el 173. procura responder el señor Duque,y dize,que en el poder no se expressò semejante causa,ni la concluye el Padre Iuan Martinez de Ripalda en lo que depone en el num. 705.del memorial.Sed hæc euasio facilimè eliditur.

338 Con solo juntar con las palabras del Proemio del poder para testar ( que suponen auer dicho el señor Conde Duque , ibi:*Que por quanto nuestro Señor auia sido seruido de darle vna graue enfermedad,y q̃ temia que los accidentes della , no le auian de dar lugar à hazer su testamento , segun era necessario* ) las de la deposicion del Padre Iuan Martinez de Ripalda , memor.num. 705. dõde dixo : *Que aunque no podia dezir todo el desorden que reconocio en esta ocasion para hazer el juizio referido, le parecio que bastaua declarar , que auiendole preguntado , si tenia hecho algun testamento , le auia respondido, que ninguno : siendo assi , que tenia otorgado el del año de 642.* de que se infieren dos cosas.

339 La vna , que si llegò à hazer el poder , fue por entender, q̃ no tenia hecho testamento ; porque a pensar que le tenia , no necessitaua de hazer el poder que suena auer otorgado , dispuesto , solo por entender , que no auia de darle lugar la grauedad de la enfermedad , y los accidentes della à hazerle.

340 Ac proinde , auiendo sido este presupuesto incierto , y erroneo , no pudo valer el dicho poder para testar , y quedò firme la dispo-

si-

ſició del teſtamento del año de 642. ex text. in l. finali, ff. de hæredibus inſtituendis, & ex l. 21. tit. 1. part. 6. ibi: *Si deſpues fueſſe fallado, que el primero heredero era viuo, tal teſtamento como eſte poſtrimero, non deroga al primero.*

341 La otra, que ſi como depone el Padre Ripalda, el ſeñor Cõde eſtaua tan deſmemoriado, que no ſe acordaua del teſtamento que tres años antes tenia hecho, tampoco pudo valer el poder; porque no ſolo el furioſo, ſino el deſmemoriado, no puede hazer teſtamento, ex l. 13. tit. 1. part. 6. ibi: *Otro ſi el que fueſſe ſalido de memoria, non puede facer teſtamento, mientra que fuere deſmemoriado*, & ita agnoſcit Pedro Surdo conſ. 89. num. 24. vol. 1. vbi loquitur *de eo qui habet memoriam inordinatam*, D. Iuan del Caſtillo lib. 4. controuerſ. dict. cap. 28. n. 4.

342 Hinc naſcitur, ſer de poco momento lo que dizen en el n. 109. de que aqui no faltò la voluntad del ſeñor Conde de hazer heredera a la ſeñora Condeſa ſu muger (aunque eſtuuiera oluidado del teſtamento del año de 642.) y que faltò en el caſo de la ley fin. ff. de hæred. inſtituẽdis.

343 Porque no ay diferencia del vn caſo al otro, ex eo, q̃ en el de la ley final tambien huuo ſegundo teſtamento, y inſtitucion de heredero, & nihilominus, no valio, ni fue capaz de reuocar el primero, por auer eſtado perſuadido el teſtador, q̃ no podia tener por herederos, los q̃ en el primero auia nombrado, y auiendo ſido el preſupueſto incierto faltò la voluntad, y por el conſiguiẽte, como hecho ſin ella el valor del ſegundo.

344 Y lo miſmo ay en nueſtro caſo: porque en el poder para teſtar huuo heredero (qual lo fue la ſeñora Cõdeſa) y ſe hizo por creer el ſeñor Conde Duque, que no tenia hecho teſtamento, y auiendo parecido deſpues que le tenia, y hecho con tanto acuerdo, y deliberacion, no puede ſer valido el ſegundo, por el defecto de la volũtad que llegò a faltar, por auer faltado el preſupueſto de auer penſado que no tenia hecho teſtamento, teniendole otorgado.

345 Y tambien ſe deſvanece la reſolucion de Peralta in l. ſequens quæſtio, num. 24. ff. de legatis 3. que alegan en el num. 168. quatenus dixo no ſer meneſter que el teſtador tuuieſſe memoria del teſtamento que tenia hecho, para tenerſe por reuocado el primero por el ſegundo.

346 Porque aunque es verdad que tuuo eſte ſentir; pero el miſmo la limita, como la limitò Paulo de Caſtro in l. 1. num. 4. ff. de iniuſto rupto. irritoque facto teſtamento (de donde lo tomò Peralta) en quãto deſpues de auer dicho lo q̃ queda referido, addidit, ſecus *ſi crederet hæredem inſtitutum primo deceſſiſſe, cum verùm non eſſet, tunc dic, vt in l. fin. ff. de hæredib. inſtit.*

347 Que es venir a reconocer lo miſmo que vamos fundando, ſcilicèt, que aunque no ſea meneſter memoria, ò noticia del teſtamento anterior, para tenerſe por reuocado por el ſegundo, es neceſſario que no ſe aya mouido el teſtador a hazer el ſegundo, por creer que no tenia hecho

cho el primero: porque en llegando a ser esta la causa, el dia que llegare a parecer el primero, es fuerça que llegue a desvanecerse el segundo.

348 Y en nuestro caso corre esto con mas precision: porque como està fundado, no tenia el señor Conde Duque, capacidad, ni juizio, quando hizo el poder, y assi estuuo falto de memoria, y de voluntad, y no se puede hazer fundamento en vna disposicion hecha sin capacidad contra vn testamento firme, y valido.

349 Dizen en el num. 173. que quando huuiera sido la causa que obligò al señor Conde Duque a hazer el poder para testar la falta de memoria del testamento hecho el año de 642. era menester que lo huuiera expressado en el mismo poder ex traditis à Gregorio Lopez in d.l. 21. tit. 1. part. 6. glos. 3. Sed respondetur.

350 Que Gregorio Lopez no dize, que en no expressando la causa final, aunque aya faltado, se sustenta el segundo testamento, sino que si el testador lo dixo de palabra, y no lo expresò en el, es menester que se prueue con tantos testigos, quantos se requieren para el valor del.

351 Y el señor Marques de Leganes no trata de prouar ab extra del poder, auerse mouido el señor Cõde Duque a hazerle, por no acordarse que tenia hecho el testamento del año de 642. sino con la letra del mismo poder, en que como queda dicho en el proemio del, lo expresò, reconociendo que sus cosas necessitauan de disposicion, y que el aprieto de la enfermedad no se lo permitia, y assi constando del mismo poder la causa que le obligò à hazerle, y auiendo salido incierta, y erronea, deue quedar en pie el valor del primer testamento.

### *Oposicion quarta del señor Marques de Leganes.*

352 Que en quanto a las fundaciones de mayorazgo, bienes titulados, y en particular el Estado de Mayrena no quedò reuocado el testamento del año de 642. por el poder del año de 645.

### *Respuesta del señor Duque de Medina.*

353 Para darla con mas distincion, la diuiden en tres partes.

354 Vna, que mira genericamente a los bienes de mayorazgo.

355 Otra a los bienes titulados con dignidad de Duque, Marques, ò Conde.

256 Y la tercera a los del Estado de Mayrena.

357 A la primera parte respõden en el num. 175. queriendo fundar la replica en lo que por nuestra parte no se ha fundado, por parecerles que siendo como la suponẽ, puede tener facil euasion, y dexan de responder a lo que no tiene salida; y que fundamos in prima, num. 187. scilicet, que por auerse fundado en el primer testamento, mayorazgo de la casa de San Lucar, en fauor de los hijos, y descendientes, y demas llamados, no quedò reuocado por el poder para testar, en que no hizo men-

mencion de los otros mayorazgos, con el consejo de Menochio 45. n. 21. y con la Decision Pisana de Alexandro Raudense 45. num. 44. & 45.

358 Y solo a lo que respondē, es al lugar de don Iuan del Castillo de vsufructu, cap. 39. ex n. 34. vsque ad n. 39. que vieron en vna informacion del señor Marques (que no se ha dado a los señores Iuezes) en que siente, que el mayorazgo, ò mejora, hecho en contrato por su naturaleza reuocable, no es visto reuocarse por la institucion general de heredero, despues hecha en algū testamento (aunque en el se ayan puesto clausulas reuocatorias de otra qualquier disposicion) no haziēdo especial mencion del mayorazgo, ò mejora (que tomò de Aluarado in tract. de conie&t. mente defuncti lib. 3. c. 2. nu. 48.) dando por razon n. 37. *Quia testator, qui circa res reuocabiliter donatas, potuit ad libitum disponere, & donationem reuocare, nec aliquid disposuit, nec reuocauit, censetur illam confirmare voluisse. Sed euanescit.*

359 Porque aunque es verdad que el mayorazgo hecho en vn testamento, por ser de su naturaleza reuocable, no se puede hazer irreuocable en participādo de naturaleza de testamento, ex D. Molin. lib. 4. cap. 2. num. 2. no por esso se sigue quedar reuocado eo ipso, que se haze otro posterior.

360 Porque en tanto se deue tener por eficaz de reuocarle, en quāto fuere valido, ita Cardinalis Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 12. tit. 1. num. 19. vbi dicit: *Quòd clausula, quæ solita est apponi, cassans, & irritans omne aliud testamētum, nihil facit, quando testamētum est nullum; quia præsumitur fuisse apposita contemplatione secundi testamenti, quòd testator putabat valere*, y assi aūque aqui ayà en el poder la clausula reuocatoria de otro testamento, no puede auer reuocado el de 642. no auiendo sido valido.

361 Y algunos de los lugares que se han procurado juntar en el num. 178. no desayudan este concepto: porque Pedro Surdo cons. 350. num. 9. vol. 3. (que es donde le citan, para que con el testamento segundo se reuocan los legados, y fideicommissos del primero) no se ha de tomar como suena, sino como en el caso en que habla (que es de otra duda semejante a la desta replica) de vn testamento hecho, en que se auia fundado vn fideicommisso en fauor de hijos, y otro en que se auia hecho segundo en fauor de diferentes personas (aunque tambien con hijos) sin hazer mencion del primero, ni del fideicōmisso, que en el se auia fundado, y se disputò qual de los dos auia de valer, y si el primero auia quedado reuocado por el segundo, y fue de parecer Pedro Surdo, que porque ambos testamentos se auiā hecho en fauor de hijos, auia de preualecer el segundo, porque aunque el primero tuuiesse clausula tacita derogatoria de otros posteriores, tambien el vltimo por ser en fauor de hijos, tendria otra derogatoria de derogatorias de testamētos antecedentes: y assi no fue mucho que en su caso quedasse reuocado el fideicommisso del testamento pri-

mero, siendo mas fauorable a los hijos el segundo, por ser sin grauamẽ alguno, que no el primero que tenia el del fideicommisso.

362 Demanera que la causa de auer quedado reuocado el fideicõmisso, no fue por ser testamẽto posterior, sino por auer sido hecho tãbien en fauor de hijos, y ser conclusion recibida, que no se atiende al primero, ni al postrero, sino a qual de los dos testamentos les es mas fauorable, vt agnoscit ibidem Surdus num. 11. ex doctrin. Baldi in d. auth. hoc inter liberos, quem sequuntur Angel. Castrens. Salicetus, Fulgos. & Corneus.

363 Y si huuiera sido el segundo en fauor de estraños, de ningun modo reuocara el fideicommisso, hecho en el primero, aunque a los herederos les fuera mas fauorable el segundo, vt tenet idem Surdus ibidẽ n. 9. vers. *Et quãuis*, ibi: *Et quamuis primum testamentum censeatur habere clausulam derogatoriam ad sequentia, quando factum est inter liberos, hoc tamen procedit solum, quando in secundo testamento sunt instituti extranei, vel si sint liberi instituti, secundum est eis minus fauorabile, quam primum, cum enim in vtroque instituti sint filij, æqualitas faboris mutuo se confundit.*

364 Vnde, siendo, como es, este poder del señor Conde, hecho en fauor del estraño, y el testamento de 642. en fauor de hijos; por ningun caso, aunque el poder aya sido posterior, se ha de tener por capaz para reuocar el anterior hecho en fauor de hijos.

365 Y haze mas firme esta cõclusion la referida ley si iure 18. ff. de leg. 3. (q̃ alega la otra parte en su fauor) donde en vn primer testamento se auia dexado vn fideicomisso, y despues en otro segũdo los mismos bienes al propio heredero, sin hazer mencion del fideicommisso, y con ser ambos testamentos en fauor de vna misma persona, resoluio el Iurisconsulto Pomponio, que para q̃ el segundo reuocasse el primero, era necessario, *quod posterius validum fuisset.*

366 Igitur, si en este texto estuuo dependiente la reuocacion del primero, del valor del testamento segundo, siendo vno, y otro hecho en fauor de vna misma persona, y serle mas vtil la disposicion del segundo? Con mucha mas razon deue en nuestro caso sustentarse la disposicion del testamento del año de 642. en competencia del segundo, por contener el primero vna fundacion de mayorazgo en fauor de hijos, y al segũdo faltarle el valor que queda ponderado, por ser otorgado por quien no tenia el juizio, y capacidad que era necessaria para hazer su testamento.

367 Y que el intento del señor Conde Duque en el poder de 645. no fuesse reuocar la fundacion del mayorazgo del año de 642. se conoce de la clausula reuocatoria que puso en el poder para testar, que fue tan limitada como del se percibe, y tan ampla la del testamento del año de 642. en que comprehendio el señor Conde Duque qualesquier fundaciones de mayorazgo antes hechas, en que dio a entender no auer sido su animo quando otorgò el poder

der

der de reuocar con el la fundacion de mayorazgo que tenia hecho, como se ponderò in 1. num. 174. porq̃ si huuiera sido este su intento, la huuiera ampliado, y hecho con palabras tan amplas como las de la clausula reuocatoria del testamento del año de 642.

368 A la segunda parte desta oposicion en quanto mira a los bienes titulados (que segun nuestro cõcepto, no se pudieron comprehender en la institucion de heredera hecha en la señora Cõdesa) por tenerse por de mayorazgo, y no passar a successores estraños, prov t diximus in prima, num. 268. hasta el num. 271.) responden desde el num. 179. cum sequentibus, en particular nu. 180. que si ellos por si fueron de mayorazgo legal, no puede suceder el señor Marques de Leganes, por auer otros parientes mas cercanos del señor Conde Duque, ni por el testamẽto de 42. por estar reuocado. Sed excluditur.

369 Con aduertir que el señor Marques no trata de suceder en estos titulos, y dignidades, en virtud de la succesion legal, que por ellos se puede introducir: porque ellos en si no son de mayorazgo, y solo se asimilan a ellos en dos cosas, vna en no ser diuisibles, y auer de sucederv no solo, y otra en no poder passar, y continuarse en successores estraños, vt agnoscit Dominus Molina lib. 1. cap. 11. ex num. 1. vsque ad num. 11.

370 Si bien el mismo afirma la diuersidad que ay en estos casos, por depender del modo de las concessiones: porque si se hazen simpliciter, por via de administracion, ò como dignidad se tienen por personales, y se acaban con la persona, y si por via de vnion, y juntos con villa, ò territorio, passan en los sucessores, y se tienen por de mayorazgo, vt ipse Molina notat ibidem, num. 15. & 16.

371 Saluo quando los titulos se dan sobre villas libres: porque entonces no se hazen de mayorazgo, por auer caido sobre ellas el titulo de Duque, ò Marques, ò Conde, y queda en el arbitrio, y voluntad de la persona a quien el Principe haze esta merced, disponer de sus bienes, como quisiere, y hazer dellos mayorazgo, ò dexarlos libres, vt tradit Dom. Molina ibidem, num. 26. & post eum D. Iuan del Castillo lib. 5. controuers. cap. 159. num. 7. vers. *Addiderim.*

372 Y en este lugar refuta la opinion de Parladoro, que fue de cõtrario sentir (en quãto a que los bienes mudauan naturaleza, y por la vnion del titulo, se hazian de mayorazgo) y siente Castillo, que solo se podran tener los titulos por tales, quando los Reyes los conceden con essa qualidad, ò el donatario los vincula con los bienes.

373 Que es lo que aqui hizo el señor Conde Duque, anexandolos a la casa de Sã Lucar, y Mayrena, por el testamento del año de 642. en cuya virtud pretende suceder el señor Marques, y no por el mayorazgo legal, inducido de la concession de los titulos: porque de la naturaleza de las concessiones, no prouiene semejante calidad, sino la expressa el Rey que los concede.

374 Y el dia que el señor Conde los reduxo a esta qualidad, y naturaleza, y los vinculò, no pudieran quedar comprehendidos en la institucion de heredera que hizo el señor Conde en la señora Condesa, en el poder para testar, por ser successora estraña, y no de la sangre del señor Conde Duque, y necessitar de especial mencion, para que se pudiera pretender auerse comprehendido en la institucion, quando pudiera disponer dellos, vt ex Bartolome Socino consf.92.num.23.col. penultima, notat Paulus Parisius consf. 44. num. 18. vol. 3. Pedro Surdo decisf. 93.n.15.vsque ad 20. Alexander Ludouisius decisf.271.num.1. & 2. vbi Beltraminus eius additionator, nu. 27. vt diximus in prima n. 280.

375 Y aunque su Magestad cōcedio estos titulos al señor Conde Duque, por contemplacion de sus seruicios, no fue para que dispusiesse dellos en personas estrañas, sino en los sucessores de la Casa de San Lucar, y Mairena, los quales auian de serlo de sangre; en quien se perpetuasse la memoria de su Casa, como lo hizo el señor Conde Duque en el dicho testamento del año de 642. y no en estraños, como lo era la señora Condesa.

376 Y la replica (de que estando reuocado el del año de 642. no puede suceder el señor Marques) està tan satisfecho en tantas partes, q̃ no ay necessidad de repetirlo.

377 Y lo que se dize en el num. 183. de que los titulos se quedaron vinculados por el testamento que hizo la señora Condesa, como comissaria de su marido, para que executasse en razon de la disposicion de los bienes, lo que le pareciesse, y hiziesse los llamamientos que auia comunicado con ella; y que assi se han de tener, como si el mismo señor Conde los huuiesse hecho. Se excluye.

378 Con que la institucion de heredera, q̃ se supone auer hecho el S. Conde, en el poder para testar a la señora Condesa su muger, fue libre, sin grauamen, ni obligacion alguna, y si tuuiera valor el dicho poder, y no padeciera los defectos que estã representados contra el, era fuerça auerse de tener todos los bienes que dexò por libres, y no mirarlos, como pertenecientes al señor Conde, sino por de la señora Condesa, a quiē pertenecieran por la institucion, y por el consiguiente lo que la señora Condesa hizo dellos, se deue tener por disposicion suya, y no por del señor Conde; porque aunque la hizo tambien como comissaria para testar por el, fue solo para las mandas, legados, y funeral; y no para hazer llamamiētos, ni fundaciones, ni para reuocar los que tuuiesse hechos; porque esto no se comprehendia en la facultad de comissaria, concedida en el dicho poder, vt diximus in prima ex num. 273. cum sequentibus, vsque ad nu. 280, ni la señora Condesa, pudiera auer tenido mano para hazerlo en estraños, sino en los propios de la familia del señor Conde, vt in prima n. 178.

379 A la tercera parte que toca a los bienes del estado de Mayrena, intentan responder desde el nu. 185. y dizen, que no dudan en que el mayorazgo fue irreuocable, por auer-

auerse hecho por causa onerosa del matrimonio, que don Enrique Felipez de Guzman contraxo con doña Iuana de Velasco, hija del Condestable de Castilla, en fauor de los descendientes del; pero por auer faltado, y no quedado ningun descendiente del, se deshizo la irreuocabilidad, y quedaron los bienes libres, para poder disponer dellos el señor Conde Duque, en fuerça de la reserua que quedó hecha en la capitulacion matrimonial, mem. num. 34. y en la misma fundaciõ del mayorazgo, memor. numer. 35. Y que el dia que el señor Cõde instituyò por heredera a la señora Cõdesa su muger, fue visto vsar de la facultad que se reseruò, y auer dispuesto de los dichos bienes; y que assi no puede en ellos ser sucessor el señor Marques de Leganes, ni el de Morata su hijo.

280 Y con justa razon pudieramos dexar de responder a todo lo q̃ en esta parte se dize por el señor Duque, desde el num. 185. hasta el 204. con remitirnos a lo que en breues palabras està dicho en nuestra primera informacion, n. 281.

381 Pero para hazer este punto indubitable, añadimos aora vna circunstancia, que saca este punto fuera de toda duda, scilicet, que todo esto viniera bien en caso que en vida del señor Conde Duque huuiera muerto don Gaspar Felipez de Guzman (segũdo Marques de Mairena, hijo vnico del matrimonio, por cuya contemplacion se hizo la fundacion del mayorazgo del Estado de Mayrena) y huuiera el señor Conde Duque vsado de la reserua, y dispuesto de los bienes, como libres, ò en la forma que le pareciesse, y no auiendo sucedido este caso, sino el contrario, scilicet, de auer premuerto el señor Conde Duque antes que el segundo Marques de Mayrena, sucessor del dicho Estado, y el interessado en la causa onerosa del dicho matrimonio, y hallãdose los bienes en poder de tercero; y siendo agenos, y no del señor Cõde Duque, nullo modo, se pudieron comprehender en la institucion de heredera, hecha en la señora Condesa, ex l. sequens quæstio, ff. de leg. 2. donde el Iurisconsulto Paulo, juzgò por bienes agenos del patrimonio del testador, los que estauan donados, ibi: *Respondi ea extra causam bonorum defuncti computari debere, & propterea fideicommisso non contineri.*

382 Y es caso menos ajustado el de la l. sequens quæstio, que el nuestro, porque alli la donataria, y la heredera erã vna misma persona, y la donacion reuocable, por ser hecha por marido en fauor de su muger propia, y sin embargo, aunque la grauò en la institucion de heredera, con la restitucion del fideicommisso, no se comprehendieron en el los bienes que a ella misma le auia donado antes, y para poderse cõprehender en el fideicommisso, tuuo el Iurisconsuto por necessario, que el testador hiziesse expresion de los bienes donados, ibi: *Plane nominatim maritus vxoris fideicõmittere potest, vt ea restituat.*

383 Y en el nuestro los bienes de Mayrena, estauan donados a vn tercero, qual lo era el segundo Marques de Mayrena, y por donacion

irreuocable, y la heredera fue otra persona diuersa; y asi no pudo cõprehenderse en la institucion, lo que antes estaua donado a vn tercero irreuocablemente.

384 Vltra, que la parte del señor Duque omite de la reserua las palabras mas eficazes; porque aunq̃ es verdad, que el señor Conde Duque en el caso de disoluerse el matrimonio, sin hijos, ni descendientes, quiso que ningun tercero sucediesse en el dicho estado, sino que huuiesse de entrar por nueua disposicion, fue solo para en el caso de vsar el señor Conde Duq̃ de la reserua, y disponer especialmente de los bienes de Mairena.

385 Pero en el de no disponer passò a otra disposicion, y fue querer que los bienes del Estado se agregassen a la casa de San Lucar.

386 Quapropter, no puede el señor Duque pretẽder que en la institucion tacita de heredera hecha en el poder para testar, vsò el señor Conde de la reserua; porque aunque es verdad que el que la haze simpliciter, para disponer de alguna cosa, (aunque no disponga especialmente della) sea visto vsar de la reserua, instituyendo a vno por heredero, ò muriendo abintestato, como lo resuelue Iacobo Menochio en el cons. 210. ex num. 16. vol. 3.

387 Se entiende en reserua simple, y no en la calificada con la negatiua, de q̃ si no vsare se haga otra cosa: porque en tal caso no vsando della especialmente, no se comprehende en la institucion, y se ha de obseruar el caso segundo, que el testador dispuso en el de no disponer, itã mirabiliter resoluit Laurencio Siluano cons. 14. donde por todos los numeros del lo funda: y en el fundamento sexto pone estas palabras, ibi: *Sextò, si aliter diceremus, profectò nunquam haberet locum substitutio, nisi in casu, quo expresse caueret in testamento, vel abintestato nolle disponere de dictis bonis, quòd esset expresse contra mentem testatricis, quæ vocauit substitutos in casu quo non disponeret, non autem in casu, quo caueret, nolle disponere, & sic nimis restringeretur dispositio, & substitutio.*

388 A quien refiere, y sigue el Cardenal Mantica de coniecturis lib. 7. tit. 7. num. 14. vers. *Sed si fideicommissum*, cuyas palabras se refierẽ, por ser las mas concluyentes para este caso, ibi: *Sed si fideicommissum redderetur inutile, vel nimium restringeretur, & ita ex coniecturis posset colligi, testatorem sensisse de dispositione expressa, & speciali, tunc substitutio haberet locum, tametsi grauatus fecisset testamentum, nisi de bonis subiectis fideicommisso specialiter etiã disposuisset, veluti, si quis rogatus esset restituere hæreditatem, si decesserit sine filijs, & data esset ei potestas disponendi de hæreditate testatoris in vita, & in morte; nam intelligitur, si expresse, & spetialiter, de dictis bonis disposuerit, alioquin nunquam posset habere locum substitutio, nisi in casu quo grauatus expressè diceret, se nolle disponere, quòd videtur esse contra voluntatem testatoris, qui voluit substitutum admitti in casu, quo grauatus nõ disponeret, non autem in eo tantùm casu, quo expresse diceret se nolle disponere, & in his terminis, ita cõsuluit Siluan. in cons. 14.*

389 Y es singular el consejo de Casanate 37.num.26.& 27. que habla en vn mayorazgo hecho, en que se reseruò el fundador facultad de disponer, y alterar, y mudar las substituciones, y resuelue, que eo ipso, q̃ no vsa de la reserua, es visto querer que permanezca el fideicommisso. Y en el num. 29. refiere el consejo de Siluano, y dize, que por el se resoluio en el Consejo de Aragõ otro caso semejante.

390 Y Gratiano in primo tomo cap.50.num.23.dize: *Quòd minus sufficeret ista generalis institutio, quãdo quis haberet facultatem nominandi, ita vt non facta nominatione, intelligatur nominatus Titius, tunc enim requiritur specifica nominatio, ad excludendum illum, qui aliàs veniret, non secuta nominatione, neque enim censeretur exclusus per generalem institutionem.*

391 Y Antonio Thesauro en la decision 97. hablando en la reserua de poder disponer de cierta cantidad de vna donacion hecha de todos los bienes, funda, que el donador no fue visto dexar entre sus bienes, la cantidad de q̃ reseruò disponer, sino la facultad, y que el dia q̃ no vsa della especialmente, no passa en el heredero: *Cum sit infixa personæ donantis, qui non disponendo magis dilexit donatarium, quam hæredem*, palabras muy concernientes para este caso, en el qual el dia que el señor Conde Duque no dispuso especialmente destos bienes del Estado de Mayrena, para el caso que faltassen descendientes de aquel matrimonio, fue visto querer mas la agregacion de la Casa de San Lucar que no a su heredera.

392 Ac proinde, estando dispuesta la agregacion destos bienes de Mayrena a la Casa de San Lucar, es fuerça, q̃ ella entre en ellos en virtud de la disposicion del testamento del año de 642. dõde se hizo la fundacion de la dicha Casa.

393 Quando se hallan conuẽcidos, de no auerse podido comprehender estos bienes del Estado de Mayrena, en la institucion de heredera, hecha en la señora Condesa, dizen en el num. 193. que por lo menos passò en ella el derecho de poder nombrar, y eligir sucessores, q̃ reseruò en si el señor Conde, por auerle pertenecido a su Excelencia, iure proprio ex D. Molin. lib. 2. c. 4. n. 62. Sed respondetur.

394 Que el señor Conde reseruò dos cosas. Vna, señalar la persona, ò personas que huuiessen de suceder en el Estado de Mayrena, en falta de los descendientes de aquel matrimonio. Y otra, poder disponer de los bienes, como le pareciesse, y no haziendolo, desde luego quiso quedassen incorporados en su Casa de San Lucar.

395 Y a este caso no se ajusta la dotrina del señor Molina, y solo pudiera ser aplicable para en caso q̃ el señor Conde se huuiera reseruado solo la facultad de nombrar sucessores en el de faltar descendientes del matrimonio; porque como entonces le pertenaciera iure proprio, pudiera su heredera hazer el nombramiento que el dexò de hazer por ser trãsitorio.

396 Secus tamen, quando el mismo testador dispone lo que se ha de hazer en caso de no nombrar,

ni vsar de la facultad de eligir; tunc enim; no passa al heredero el derecho de nombrar; y solo deue executarse lo que el testador dispone, q̃ es la substitucion, ò prouision que el hizo.

397 Y en esta razon se funda el consejo de Siluano, y los demas autores que quedan referidos, que tienen por opinion, que con la institucion de heredero, no es visto vsar el testador de la facultad que se reseruò; ni passar en el successor el derecho de vsar della, por estar arraigado solo en la persona del señor Conde, como cõ Antonio Thesauro decis. 97. dexamos fundado.

398 De aqui nace, q̃ la clausula que puso la señora Cõdesa en el testamento que hizo, como comissaria del señor Conde su marido (de qua mem. num. 128.) no tener valor alguno.

399 Et dato, & non concesso, que huuiera passado en la señora Condesa esta facultad de eligir successores, no pudiera en virtud della auer nombrado vn estraño de la familia del señor Conde, como lo es el señor Duque de Medina de las Torres, ex traditis per Gabriel Pereyra decis. 21. num. 7. vers. *Vnde quando*, ibi: *Non intelligatur, vt eligere valeant extraneos, sed vnum ex filijs*, Melchor Febo decis. 96. num. 12. 1. tom. Iacobo Menochio cons. 497. n. 19. vol. 5.

400 Maximè, que el señor Cõde Duque lo mismo que dispuso en la fundacion de Mayrena (que fue, que qualquier descendiẽte de aquel matrimonio, que llegasse a suceder en la casa de San Lucar la Mayor, guardasse las condiciones, y lo dispuesto en la fundacion del mayorazgo de San Lucar, por auer de agregarse, è incorporarse en ella, y andar vnidos, y juzgarse como vn mayorazgo, y sucederse por su disposiciõ, y disoluiẽdose el matrimonio sin hijos, y descendiẽtes; y no auer vsado el señor Cõde de la facultad que se reseruò; se agregassen los bienes deste estado al mayorazo de la casa de San Lucar, sucediendose reciprocamente en ambas casas, de manera que faltando successor en la de San Lucar, sucediesse el que lo fuesse de la de Mayrena, y faltando en la de Mayrena huuiesse de suceder el de San Lucar) se halla executado en el mayorazgo de la casa de San Lucar, fundado en el testamẽto del año de 642. en la clausula, memor. nu. 77. donde dispone, que en caso de faltar descendientes legitimos al señor Conde en la casa de San Lucar, sucediesse dõ Enrique Felipez de Guzman successor del Estado de Mayrena, y los hijos, y descendientes que Dios fuesse seruido de darle (q̃ eran los que estauan substituidos en virtud de la reciproca substitucion) y auiendo entrado don Enrique a ser sucessor del Estado de San Lucar, en fuerça desta reciproca substituciõ, por auer muerto el señor Conde Duque sin hijos, y descẽdientes legitimos, no tuuo necessidad el señor Conde Duque de nombrar successores para el caso de faltar descendientes del matrimonio, por estar nombrados en el testamento del año de 642. en que se hallan hechos todos los que estan formados desde el num. 79. del memorial (que es don-

donde començò el señor Cõde Duque a formarlos para el caso de faltar sus hijos legitimos, y los de D. Enrique Felipez de Guzman ) y teniẽdo proueido el caso de los sucessores, no dexò en esta parte cosa alguna que hazer a la señora Condesa su muger, pues el sucessor de Mairena estaua obligado a guardar las condiciones, y grauamenes de la dicha fundacion.

401 En el num.202. replican, que aunque en el testamento del año de 642. huuiesse vsado el señor Conde Duque de la facultad de nõbrar sucessores para el mayorazgo de Mayrena, y los huuiesse nõbrado; auiendo sido en testamento, quedaron reuocables; y pudo el señor Conde variar, ex traditis a D. Molin. lib.2. cap.4. n.36. Sed conuincitur.

402 Esta disputa, y junta de alegaciones pudiera auer lugar, si en virtud de la reserua huuiera el señor Conde Duque hecho alguno; y despues de reuocadole, y formado otro en que pudiera auer la consideraciõ de si era hecho en testamento, ò en contrato; pero no auiendo reuocacion alguna; antes permanencia, y estabilidad en los que tenia hechos en la substitucion reciproca de los sucessores de la casa de San Lucar a la de Mayrena, ad quid venit la doctrina citada del señor Molina num. 36. y los que la siguen? Quando en el poder para testar, no se halla auer el señor Conde hecho o nombramiẽto ninguno de sucessores, ni reuocacion de los que tenia hechos, ni indicio para conocer auer tenido voluntad de que el testamento hecho el año de 642. nõ tuuiesse valor?

403 En el num.204. dizen que pudiera solo bastar para inducir la reuocacion del testamento del año de 642. el auer querido el señor Cõde reuocarle en el posterior testamento que tratò de hazer, aunque huuiera sido imperfecto, ex traditis a Gregorio Lopez in l.21. tit.1. part. 6. glos.1. vers. *Facit ad quæstionem.*

404 Pero falta tambien su aplicacion, y la justificacion de lo que se dize.

405 Porque Gregorio Lopez en la primera parte de su resoluciõ, habla en fauor de nuestro intento, quatenus dicit: *Quòd si quis in testamento fecit maioriã de tertio, & quinto bonorum, vel de omnibus bonis, in casu quo posset sine priuilegio Principis, quòd si posteà in secundo testamentõ, aliter testetur, & nõ perficiat istud secundum testamentum, quòd fortè nõ videtur ex hoc reuocata maioria facta in primò testamento.*

406 Y conforma con la disposicion de la authentica hoc inter liberos, §. *si quis autem*, C. *de testamentis*, en quãto en ella se resuelue, *si quis autem testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non aliàs, quòd ante factum est, infirmari decernimus, quam si id quod secundo facere testator instituit, iure fuerit consumatum.* Y con el §. ex eo instit. quibus modis testamenta infirmentur, ibi: *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, vsqueadeo, vt & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut morte præuentus, aut quia eum eius rei pœnituit, id nõ perfece-*

*fecerit, Diui Pertinacis oratione cautũ sit, ne aliàs tabulæ priores iure factæ, irritæ fiant, nisi séquẽtes iure ordinatæ, & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamẽtum nullum est.* Y con la ley 2. ff. de iniusto rupto, ibi: *Tunc autẽ prius testamentum rumpitur, cùm posterius rite perfectum est.* Y con la misma ley 21. quatenus dize: *Que el primero testamento se puede desatar por otro que fuesse fecho despues cumplidamente.* Y con la 23. del mismo titulo, en quanto dize: *Acabadamente auiendo algun home fecho su testamento, si despues de esso, queriendolo reuocar, començasse à facer otro, è non lo acabasse por algun embargo quel aviniesse, o por otra razon, no se embargaria porende el testamẽto primero, ca derecho es, que el testamento, que es fecho acabadamente ante siete testigos, que non se desate por otro, que non fuesse cumplido.*

407 Y solo en la segunda parte, es donde consiste la dificultad en quanto dize Gregorio Lopez: *Si tamen prima maioria facta esset ex facultate Regia, videtur quòd incipiẽs, aliter testari, & si non perficiat, videatur reuocata prima maioria, per l. eius militis, §. si militia, ff. de testamento militis.*

408 Y para no hazer mucho caso de su opinion, es menester cõsiderar lo que el mismo afirma in l. 32. tit. 9. part. 6. glos. 3. verbo *Non valdra* quæst. 48. de que todas estas questiones de mayorazgos las tomò, y trasladò de vnas recolectas del Licẽciado Christoual de Mieses vn Iurisconsulto Español (que se metiò Religioso, y las dexò por acabar, haziendo solo inducimiento de algunas leyes para sus discursos) y encarga a sus lectores, que la imperfeccion, que hallaren en sus resoluciones, lo atribuyan a dos causas. Vna: *Quia ille in illis recolectis nõ habuit rem istã pro perfecte absolutã, sed tantum in progressu suorum studiorum, induxit leges ad istas quæstiones.* Y la otra: *Quia mihi homini valde occupato defficit tempus ad maturius cogitandum. Tu lector amantissime, cum casus occurrerit latius cogitabis, & pro leuamine laboris tibi ista placebunt.* Y lo assegura el señor Molina en la prefacion de su libro de mayorazgos para disculpa de Gregorio Lopez.

409 Con que debaxo deste presupuesto no serà mucho dezir, q̃ esta segunda parte delas palabras de Gregorio Lopez deuio de hallarlas poco digeridas en los escritos de Mieses, pues no hizo mas que traer en comprouacion la ley eius militis, §. militia misus, ff. de testamentis millitis, cuyo caso habla en vn soldado, que dentro del año de su mision, auia querido reuocar el testamento, que militarmente tenia hecho, y començado à hazer el segundo, y dize, que aunque no le acabasse: *Solutum ita esse testamentum, quòd in militia fecit, si iure militari fuit scriptum.*

410 Lo qual no tiene que ver para el que haze vn mayorazgo de sus bienes en vn testamento, y para en la parte que excede (de lo q̃ conforme a las leyes, puede disponer) vsa de la facultad Real, en que quiere Gregorio Lopez que solo cõ auer començado a hazer otro testamento, aunque no le acabe, queda reuocado el primero.

Y

411 Y si se mira la causa de auerse reuocado el primer testamento, por auer querido hazer otro; se verà auer sido, porque el primero estaua hecho, iure militari (y como la voluntad imperfecta de los soldados se tiene por disposicion, ex l.miles 35.ff.de militari testam.) pudo tenerse por reuocaciõ, auer querido començar a hazer otro testamento, iure militari. Y a esto mirò vna de las limitaciones de la dicha l.2.de iniusto rupto, ibi: *Nisi fortè posterius, vel iure militari sit factum.*

412 Cæterùm en el mismo §. militia missus, se reconoce que si el primer testamento del soldado se huuiera hecho iure communi, que aunque huuiera començado a hazer otro segundo (sino estuuiesse acabado) no reuocaria el primero, ibi: *Alioquin si valuit iure communi non esse iure rescisum*, que es lo que por nuestra parte se dize, que mientras no ay segundo testamẽto perfecto, y valido, no se tiene por reuocado el primero.

413 Y lo confirma mas el texto en la l.Militis 36.§.*Veteranus*, ff. eodem, donde dudò el mismo Iurisconsulto Paulo: *Quòd Veteranus moriens testamentum iure communi tẽpore militiæ factum, irritum esse voluit, & intestatus esse maluit*, y resoluio, que no obstante la voluntad q̃ tuuo, por no auer sido en disposiciõ perfecta, y estar el testamẽto hecho segun el derecho comun, *hæredum institutiones, ac substitutiones in eodẽ statu mansisse placuit.*

414 Y aqui es de notar, que para valer el testamento del año de 642. no fue menester la facultad Real (porque sin ella tenia valor suficiente) y solo para lo que necessitò della el señor Conde, fue para perjudicar a los descendientes en sus legitimas, y siendo el testamẽto del año de 642. valido, sin la facultad Real, no se puede dezir auerse reuocado por solo auer querido el señor Conde Duque hazer otro: porque aunque le huuiera querido hazer, no estando perfecto en la voluntad, y en la solemnidad, ni auiendose hecho con especial derogacion del primero, no puede ser tenido por valido.

415 A que no obsta el versiculo, *Nisi fortè* del §. si quis autem del Authent. hoc inter liberos, donde la imperfecta escritura posterior infirmò el testamento anterior: Porque se responde.

416 Tùm, que la causa porque en este §. la imperfecta voluntad posterior infirmò el testamento primero, fue porque en el segundo estauan llamados los venientes abintestato, y en el primero los estraños, vt patet, ibi: *Nisi fortè in priore testamento scriptis his, qui abintestato ad testatoris hæreditatem, vel successionem, venire non poterant, in secunda voluntate, testator eos scribere instituit, qui abintestato ad eius hæreditatem vocantur*, y por esso resoluieron los Emperadores. *Eo enim casu licèt imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secũdam eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus.*

417 De manera que si sucediera lo contrario, videlicèt, estar instituidos en el primer testamento los veniẽtes abintestato, no se derogara por

por la imperfecta voluntad del testador, no siendo solemne, y autentica, y con mencion, y derogacion especial de la primera disposicion.

418 Et tùm, que con la resolucion de Spino in speculo testamentorum glos. 30. principali, nu. 43. cum sequentibus, queda todo claro: porque disputa: *Vtrùm solemnis superioris testamenti voluntas, posteriori minus soleni perimatur*, y pone los textos que hazen por vna, y otra parte, y distingue entre los legados, y la herencia, y dize, que los vnos, *nuda voluntate possunt tolli*, y la herencia no, sino es por otro testamento solemne, y luego en el num. 48. dize, que toda la dificultad cõsiste en vna cosa sola: *Vtrùm penitentia infirmetur testamentum factum*, y resuelue en el numer. 51. y 52. *Quòd vt reuocatio primi testamenti per secundum valeat, non solùm requiritur, quòd fiat mentio prioris testamenti*, sino que sea perfecto, y valido, & ita tenendum dicit.

419 Y el Cardenal Mantica de tacitis, & ambiguis lib. 2. tit. 15. ex num. 19. refiere la diuersidad de opiniones entre Bartulo in dicta l. si iure, num. 3. ff. de legat. 3. y la de Bald. in l. sancimus, num. 2. C. de testamẽtis, & tandem, en el num. 21. reconoce por el §. ex eo, *ita demum à priori testamento voluisse testatorem recedere, si posterius validum sit.*

420 Y finalmente con ver a Peralta in l. qui testamento, nu. 25. vers. *Tertia conclusio*, ff. de legatis 2. se pudiera escusar lo mas que se ha escrito sobre este particular donde resuelue: *Quòd quando agitur de actu testamenti solemnis reuocando, per actũ sequentẽ, in vtilẽ, cũ nõ possit nisi per actũ sequentem aquæ solemnẽ reuocari; quia agitur de reuocatione totali prioris actus solemnis, & hoc casu, per secundum actum non solemnem, seu inualidum, non tollitur primus, siue secundus fuerit tacitè reuocatorius, vtpotè posterior, siue expressè; quia cum testamentum non possit tolli nuda voluntate, vt in §. ex eo autem, sequitur quòd primum testamentum non tollitur per sequens inualidum, etiam expressam reuocationem continens*, con que queda conuencido que el testamento del año de 42. queda ilesso, y con el valor que siempre tuuo.

AR-

*De la informacion del señor Duque de Medina de las Torres.*

421 AVNQVE Su intento es, que no tiene obligacion de prouar, que el señor Conde Duque estuuo en su entero juizio quando otorgò el poder para testar, no se ha fiado solo desta excepcion, sino que procura en este articulo (que comiença desde el num. 207.) mostrar que quando el señor Conde Duque le otorgò (que fue el Miercoles por la mañana 19. de Iulio del año de 645.) estaua en su entero juizio, y entendimiento, antes, y despues del otorgamiento por mas de cinco horas, con los testigos que deponẽ sobre la pregunta 5. de su interrogatorio, memor. ex num. 235. con cuyas deposiciones entendidas, y ponderadas, como le ha parecido, quiere calificar su intento.

422 Y si bien en nuestra primera informacion, desde el num. 102. cum sequentibus, està latissimamẽte escrito, sobre la prueua del delirio, y frenesi del señor Conde Duque, y respondido a toda la prouança de testigos, que el señor Duque supone tener en su fauor, viendo aora que dize en el numer. 210. que passan de sesenta testigos los que deponen, y que los treinta y seis son de vista, y presencia del acto mismo del otorgamiento, se ha juzgado por inexcusable, ir ponderando las circunstancias, y calidades de los testigos del señor Duque, para que se vea, que no es mas de apariencia, y arte, lo que con ellos se intenta prouar, y que queda en su fuerça la prueua del señor Marques, de q̃ no estaua el señor Conde en su juizio, antes, ni despues, ni al tiempo del otorgamiento.

423 Y antes de entrar en lo indiuidual de la prouança del señor Duque, se pondràn aqui vnas reglas generales, q̃ excluyan la fè de todos los testigos, y otras no tan generales, pero q̃ comprehẽdan a muchos dellos, y algunas particulares endereçadas cõtra los que suponen auer sido testigos instrumentales del poder, y presenciales del acto.

424 La primera, es, que deponiendo los testigos contra tantas presunciones de derecho, como assisten al señor Marques, se deuen tener por sospechosos: *Testes enim deponentes contra presumptionem iuris, suspecti sunt de falsò, Pacian. de probation. lib. 1. cap. 51. n. 19.*

425 La segunda que tambien los haze sospechosos deponer contra lo verisimil, pues es cierto assiste al señor Marques: *Testes enim nõ verisimilia deponentes suspecti sunt de falsò, Bossius tit. de opposit contra testes, num.* 94. Mascard. de probat. conclus. 1370. nu. 1. tom. 3. Pacian. cons. 117. n. 24. Surd. cõs. 61. n. 37. & 38. lib. 1.

426 La tercera, por las muchas contrariedades que tienen entre si, y se referirã abaxo, que les inhabilitan, Pacian. *cons.* 117. *nu.* 21. *&* 22. *Sixtin. cons.* 16. *num.* 9. *vol.* 2. *inter cons. Doctor. Academiæ Marpugensis.*

427 Estando pues todos los testigos del señor Duque sospechosos

fos de falsos no pueden prouar, ni hazer fè alguna, Pacian. *d. conf.* 117. *num.* 10. *Surd. d. conf.* 61. *num.* 38. *Bertrand. conf.* 107. *num.* 6. *vol.* 4. *Natta conf.* 633. *nu.* 14. *tom.* 3. *Borrellus in summa decision. tom.* 2. *tit.* 14. *num.* 25. & 26.

428 Lo qual es en tanto grado verdad, que aunque todos los testigos del señor Duque depusieran cōformemente, y no padecieran las contrariedades, y defectos tan notorios que padecen (y se diran abaxo) no concurriendo el assenso, ò mouimiento de los señores juezes, a sus disposiciones (como tenemos por muy cierto, no concurrirà) no se les deuiera dar fee, ni credito alguno, Ludouico Morotio *conf.* 99. *num.* 9. & 10. *Natta conf.* 633. *num.* 15. *tom.* 3. *Craueta conf.* 134. *num.* 37. *lib.* 1. & *conf.* 930. *num.* 5. & 13. *lib.* 5. *Menoch. de arbitrar. cent.* 2. *casu* 90. *num.* 5. Gratian. *disceptat.* 909. *n.* 8. & 9. *tom.* 5.

429 La quarta, que los mas de los testigos del señor Duque (con que pretende prouar que el señor Conde estuuo en su entero juizio, quando se dize otorgò el poder) son de oìdas; por lo qual no merecen ninguna fee, *cap. licèt ex quadam* 47. *de testib. l.* 28. *tit.* 16. *part.* 3. *Farin. de testib. quæst.* 69. *num.* 2. *cum seqq. Pacian. de probation. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 11. & 12. *cum seqq.*

430 Y mucho mas siendo de oìdas à aquellos que se hallaron presentes al pretenso otorgamiento, a quienes no se les deue dar ninguna fee, ni credito, por las razones que abaxo se diràn: *Testibus enim non creditur quorum repelluntur authores, d. cap. licèt ex quadam* 47. Crauet. *conf.* 6. *num.* 67. & *conf.* 41. *num.* 2. & *conf.* 112. *num.* 13. *lib.* 1. Roland. *conf.* 51. *num.* 33. *lib.* 1. Farin. *de testib. quæst.* 69. *num.* 85.

431 La quinta, ser interessados en que valga el pretenso poder de Toro, y el testamento del año de 645. que en virtud del hizo la señora Condesa, por tener legados en el, como son don Bernardo Ramirez, mem. num. 1040. Don Domingo Omoreju, num. 1045. Francisco Vallejo, num. 1050. Artus de Rois, num. 1052. Domingo de Miera, nu. 1053. Sebastian Flores, num. 1054. Augustin de Pamies, num. 1056. Pedro de Vmaña, num. 1059. Iuan de Vergara, num. 1060. Pedro Perez, num. 1061. Iuan Fernandez, num. 1062. Francisco de la Guardia, nu. 1066. y consta de la certificacion que da el Contador Francisco Parcero, mem. n. 1037. hasta n. 1072.

432 Y por razon de tener mādas en dicho testamento, no se les deue dar fee a sus deposiciones, Farinat. *de testib. quæst.* 60. *num.* 313. Bald. *in l. dictantibus* 21. *num.* 1. *C. de testam.* Lanfrancus *de testib. num.* 70. *vers. Quæro vlterius, tom.* 4. *tract. D. D. fol.* 185. *pag.* 2.

433 Y no obsta a esto el §. legatarijs, Institut. de testament. ordin. y las demas leyes, y autores que se alegan en la informacion del señor Duque, num. 293.

434 Porque lo que dizen es, q̄ el legatario puede ser testigo instrumental del testamento; lo qual no negamos, por cōcurrir alli la aprouacion del testador, secus, quando es testigo judicial, q̄ no lo puede ser, y

assi

assi lo distingue despues de otros Farinac. *d. quæst. 60. n.* 313.

435 Y es regla general que todos los que tienen interes en vna causa, no puedẽ ser testigos en ella, Farinac. *de testib. q.* 60. *n.* 4. Ioseph. Ludouic. *decis. Lucensi* 14. *num.* 9. *cum seqq.* Porque en teniendo interes, se juzga por causa propia, *l.* 1. *§. in propria*, *l.* 2. *§.* 1. *ff. quando appell. sit*, y como en tal no deuen ser admitidos, *l. nullus* 10. *ff. de testib. l. omnibus* 10. *C. eod. tit.*

436 Lo qual procede, aunque el interes sea segundario, y en consequẽcia del deseo de procurar, que la sentencia salga en fauor de la parte, por quien deponen, Farinac. *dict. quæst.* 6. *num.* 7. *&* 10. Cacheran. *decis.* 99. *num.* 39. Gratian. *discept.* 144 *num.* 5. *&* 6. *tom.* 1. como sucederia en nuestro caso, pues de obtener el señor Duque, sentenciandose en fauor del testamento de 645. podria resultar, que los testigos gozassen de sus legados, que perderian sentenciandose en fauor del testamento de 642.

437 Ni obsta a esto lo que se dize en la informacion contraria, num. 294. que quando depusieron en Toro, no sabian tuuiessen legados, pues estos se los dexaron en las disposiciones que despues hizo la señora Condesa, y que assi no les pudo mouer el interes. Porque se responde.

438 Que no auiendose de atender las deposiciones que hizieron en Toro, por auerse hecho en vn juizio sumario, y sin citacion de la parte, y con tanta cautela (que por ser tan cierto, y notorio el mismo señor Duque lo reconoce, diziẽdo, no quiere valerse de las deposiciones, para que hagan fè, sino de las hechas en plenario, vt paret, de lo que dizen num. 388.) Y auiendose de atender por dicha razon, tan solamente a las que estos testigos hizieron en plenario, no se puede dudar que entonces tendrian noticia de sus mandas: y assi les pudo muy bien mouer su interes.

339 La sexta, que otros muchos de los testigos del señor Duque deponen con grande arrojamiento, como sõ Felipe de Aluarado, q̃ dize: *Que el señor Conde Duque quando otorgò el poder, y recibio el Viatico, estuuo con mucho juizio, y que deste modo estuuo hasta que murio*, mem. nu. 380. y Francisco de la Guardia: *Que en algunas ocasiones entraua en la quadra donde estaua malo el señor Conde Duque, y en ella siempre le vio muy en su entero juizio, y entendimiento*, num. 383. y Andres Dualde: *Que assistiò continuamente a la enfermedad del señor Conde, y que desde que le dio la enfermedad hasta que murio della, nunca le vio con falta alguna de juizio, antes le tuuo siempre muy entero, y natural*, nu. 388. y Pedro Perez: *Que en el discurso de toda la enfermedad (aunque el estuuo muy assistente a ella) nunca vio, ni oyò, que el señor Conde dixesse palabra desordenada, ni por donde pareciesse que estaua fuera de juizio*, nu. 408. Y Diego Sanchez del Barco: *Que nunca oyò, supo, ni entendio, q̃ el señor Conde huuiesse estado en la enfermedad con falta de juizio*, nu. 386. Y lo mismo dizen Iuã de Guadiana num. 191. Agustin de Bargas, num.

num.396.y Pedro de Vmaña, núm. 402. y Geronimo de Mōtealegre: *Que sangrò al señor Conde en su enfermedad cinco vezes, y que las quatro dellas le dio el braço con mucho juizio, para que le atara la cinta, y que mouia los dedos para que saliesse mejor la sangre, y que el Iueues, ò Viernes empeçò a desuariar dicho señor, y no se queria dexar sangrar*, n. 438.

440 Y de deponer dichos testigos con tanto arrojamiento, se reconoce tienen grande afeccion a la causa, y por esto se hazen sospechosos, y no merecen fè, *testes enim animose deponentes nullam fidem merentur*, Farinac. de testib. q. 60. n. 35. Mascard. de probat. conclus. 1374. n. 2. tom. 3.

441 Assentadas por ciertas estas reglas, y llegando a excluir los principales testigos del señor Duque, q̃ se hallaron presentes, quãdo dize se otorgò el poder, y reconociẽdo, que la sanidad del juizio del testador, se ha de prouar del tiempo del acto, sin que baste prouar la del dia en que se hizo, sino que es menester prouar la del punto, y del instante de tiempo del acto, Ruin. cōs. 67. n. 10. lib. 1. Mascard. *de prob. conclus.* 824. *num.* 19. *tom.* 2. Gama *decis.* 98. *n.* 2. y mucho mas estando, como està, en nuestro caso, prouado el furor antecedente al acto, como ponderan bien dichos autores.

442 Començando pues por Bernardino de Benauides, escriuano que hizo el poder; decimos que a este no se le deue dar ninguna fee: porque testifica para su descargo; pues no ay duda se le seguiria deshonrã, y descredito grande de auerle otorgado, no auiendo estado el señor Conde en su entero juizio, Alexand. *cons.* 141. *nu.* 9. *lib.* 1. Hippol. Riminald. *cons.* 31. *num.* 55. *lib.* 1. Burgos de Paz *cons.* 11. *num.* 16. Roderic. Suar. *dict. allegat.* 1. *num.* 15. Gama *decis.* 98. *num.* 1. Cancer. *variar. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 140.

443 Ademas que se contradize consigo mismo visiblemente en la deposicion que hizo en este juizio, y en la que hizo en la informacion sumaria de Toro; pues en ella dixo: *Que auiendose acabado de otorgar el poder, y vn nombramiento que hizo el señor Conde, de vna tabla frãca de las carnicerias desta Corte a vn hijo de Iuan Vicente, pidio la pluma à don Bartolome del Castillo, para firmar, y procurò hazerlo, y no pudo*, mem. num. 354. y en la deste juizio dize, *pidio èl la tabla franca despues de otorgado el poder, y de auer procurado firmar el señor Conde, y no auer podido hazerlo, y auer firmado los testigos*, mem. num. 259.

444 Ac proinde, contradiciẽdose en dichas deposiciones de sumario, y plenario, no se deue dar fee, ni a la vna, ni a la otra, Anton. Gabriel *commun. conclus. lib.* 7. *conclus.* 29. *num.* 3. Farinac. *de testib. quæst.* 66. *num.* 154.

445 Y la contrariedad que este testigo tiene consigo mismo es en lo articulado, mem. num. 459. y por el consiguiente en lo principal, y sustancial de la causa, pues todo lo que mira a lo articulado, y sobre que el testigo fue preguntado, se reputa por sustancial, Petra *de fideicommis. quæst.* 12. *num.* 1308.

Fa-

Farin. *de testib. quæst. 65. numer.* 18.

446 Y aunque la contrariedad fuera en las circunstacias acessorias, cõ tal, q̃ perteneciessen en alguna manera al negocio, y causa principal, y no fuessen totalmente impertineutes, y estrañas, bastara para q̃ no se le diesse fè al testigo, Farinac. *de testib. q. 66. n.* 28. 29. & 30. dõde dize ser esta declaracion, comunmente recibida.

447 Vltra, que aunque la cõtrariedad fuera en lo acessorio totalmente estraño, bastara estando, como està, el testigo sospechoso de falso, por las razones ponderadas, vt resoluit Farinac. *d. q. 66. n. 25.*

448 Y fuera des la contradiciones que consigo mismo se han ponderado, tiene otras con otros testigos en diuersas circũstancias de los actos del tiempo del poder, porque dize: *Que puso la rodilla en tierra, y llegò vn papel al señor Conde Duque, para ver si podia firmar, y para ello dicho señor Conde pidio la pluma a don Bartolome del Castillo*: memor. n. 259. Y don Bartolome de Castillo, dize: *Que estando escrito el poder para testar, le tomò al dicho Escriuano, y le puso sobre vna cartera, y con vna escriuania se llegò al señor Conde para que le firmasse*, mem. num. 327. y don Diego Llamazares: *Que el dicho Benauides dio al señor Conde la pluma, y poder para que le firmasse, sobre vna cartera*, mem. num. 620. y Simon Rodriguez: *Que dicho Benauides dio la pluma al señor Conde para que firmasse*, mem. num. 624. y don Nicolas Ontañon, *Que don Bartolome dio al señor Conde papel blanco, y vna pluma para ver si podia firmar*, mem. nũm. 618. Y Don Diego de Araque lo mismo, mem. n. 276. y esta contradicion es en lo perteneciente a lo articulado mem. num. 617.

449 Y tambien se contradize con otros, en dezir: *Pidio el al señor Conde la tabla franca de las carnicerias para el hijo de Iuan Vicente*, memorial numer. 259. y Laçaro de la Fuente, dize: *La pidio Iuan Vicente*, mem. n. 463. y D. Diego Llamaçares lo mismo: *Y que el le ayudò a suplicarselo al S. Cõde*, mem. n. 468. y esta contradicion es en lo articulado, mem. num. 459.

450 Y en otra circunstancia se contradize tambien con otros testigos en lo que dize. *Que nombrando el señor Conde los testamentarios, y llegando a dezir, que nombraua al Cardenal su señor? le replicò el, que Cardenal, y respondio dicho señor, el Cardenal Borja*, mem. num. 259. y Laçaro de la Fuente, dize: *Que el señor Conde quando nombrò por testamentario al Cardenal de Borja, dixo primero, el Cardenal mi señor, y luego añadio, de Borja*, mem. nu. 349. y D. Bartolome del Castillo lo mismo, num. 327. y esta contradicion es en lo articulado, mem. n. 317.

451 Y si alguna destas contradiciones pareciere ligera, satisfacemos con lo que dixo Viuio *decis.* 17. *num.* 12. despues de Bartulo, q̃ qualquier diferencia entre los testigos, por pequeña que sea, tiene imagen de contrariedad, y falsedad.

452 Contradiciendose pues Bernardino de Benauides, vna, y dos, y tres vezes con los otros testigos, no se deue dar credito, ni a el, ni

a los otros,Farinac.*de testibus quæst.* 65.*num.*2. Mascard. *de probationib.* *conclusion.*1367.*numer.* 3. *tom.* 3. Surd.*decis.*326.*num.*96.*lib.*1.Petra *de fideicommiss.quæst.*12.*num.* 1082. *cum seqq.*Pacian.*cons.*117.*n.*21.

453 Y aunque las contradiciones referidas no fueran, como son en lo articulado (y por tanto en lo sustancial de la causa, pues todo lo articulado lo es) y tan solamẽte fueran en lo accessorio (como mirasse a la causa principal, y no fuesse totalmente estraño, y impertinente) bastara para que se les quitara la fee a dichos testigos, Farinac. *de testibus quæst.*65.*num.* 20. & 21. & *quæst.* 66.*num.*28.29.& 30.Petra *de fideicommiss.quæst.*12.*num.*954.

454 Y aun en lo totalmente estraño, y impertinente bastara estãdo como estan dichos testigos sospechosos de la verdad, Natta *cons.* 279.*num.*6.*lib.*2.Crauet.*cons.*665. *num.*17.*lib.*4. Petra *de fideicommiss. quæst.*12.*num.*1294.

455 Sin que en este caso se pueda tratar de concordarlos, pues quã do los testigos padecen estos encuẽ tros, no se ha de tratar de esso, antes bien se ha de procurar desauenirlos en sus mismas deposiciones, Bald. *in l.*1.*§.editiones,num.*3.*ff.de edendo* Morot.*cons.* 99. *num.* 31. Crauet. *d.cons.*665.*num.*17.*lib.*4. Farinac. *de testib.quæst.*68.*num.*44.

456 El Doctor Laçaro de la Fuente, otro testigo; està notoriamente conuencido de falso, en dezir que el Doctor Medina no se hallò en la junta de Medicos que se hizo el Miercoles 19. de Iulio por la mañana,*mem.num.* 299. diziendo lo contrario el mismo Medina, de que se hallò en dicha junta,*mem. n.* 236. Y tambien lo dizen don Diego Llamaçares,*mem.num.* 310. Y Simon Rodriguez,*num.*311. Y doña Geronima de Mendoça,*num.*307.y Alõso Gil,*num.* 258. y Monte Alegre, *num.*260.y Andres Dualde,*nu.*303. y Domingo de Miera, *num.* 304. cõ que estando conuencido de falso, no se le deue dar credito en todo lo demas, por ser indiuidua la fee del testigo (como lo es el juramento de donde dimana) Farin.*de testib.quæst.* 67.*nu.*111. Mascard. *de probation. conclus.*743.*num.*1.*tom.* 2. Crauet. *cons.*386.*num.*14.& 15.*lib.*3. Ioan. Garcia *de nobilitat.glos.*25. *num.* 3. Surd.*decis.*326.*num.*100. *lib.* 1.

457 Lo qual procede aunque los articulos sean separados, y diuersos, Farinac.*d.quæst.* 67.*n.* 113. Mascard.*d.conclus.*743. *num.* 2.

458 Y esta falsedad es en lo articulado,*mem.nu.*298.y por el consiguiente en lo sustancial de la causa; pues todo lo articulado lo es, Farinac.*d.quæst.*67.*num.* 184.

459 Con que procede sin ninguna dificultad la dicha resolucion, de que a este testigo no se le deue dar fee en nada de lo que dize, ex Farinac.*d.quæst.*67.*num.*178.

460 Y aunque fuera en lo accessorio, como perteneciesse a lo principal de la causa, y no fuesse totalmente remoto, y estraño, bastara por lo que dexamos dicho, y lo afirma Mascard.*d.conclus.*743. *nu.* 11. y aun en lo totalmente estraño, fuera bastante para quitarle la fee en todo, estando como està sospechoso de falso, como lo resuelue Farinac.

*dict.*

*dict. question. 67. numer. 120.*

461 Y no menos se contradice con otros testigos, en dezir que Iuan Vicente pidio al señor Conde la tabla franca de las carnicerias, *mem.num.* 463. pues Benauides dize, que èl la pidio, *mem. num.* 259. y don Diego de Araque lo mismo, *mem.num.* 276. y esta contradicion es en lo articulado, *mem. num.* 459.

462 Y tambien con otros testigos en lo que dizen que el señor Cõde quando nombrò por testamentario al Cardenal Borja, dixo, *primero al Cardenal mi señor. Y luego añadio de Borja, mem.num.* 349. Y don Diego de Araque dize: *Que el señor Conde dixo, el Cardenal mi señor, y Benauides le replicò quien, y boluio a respõder, de Borja, mem. num.* 276. y Benauides, *memor.num.* 259. y don Nicolas Ontañon, *num.* 335. dizen lo mismo, y esta contradicion es en lo articulado, *mem.num.* 317.

463 Estando pues Laçaro de la Fuente, contrario con los otros testigos, no se le deue dar fè, ni credito alguno, por lo que dexamos fundado.

464 Don Diego de Araque interessado en que valga el testamẽto de 645. por tener legado en èl de cinco reales y medio cada dia, por todos los de su vida, mem. n. 1039. por lo qual no se le deue dar credito, por lo que diximos supra en la 5. regla de las excepciones contra los testigos num. 426.

465 Y fuera deste interes se contradize con otros testigos, en dezir: *Que don Bartolome del Castillo dio al señor Cõde vna pluma para que firmasse, poniendole vn papel blanco*, mem.num. 276. pues el dicho don Bartolome, dize: *Pusò sobre vna cartera el poder, y se llegò al señor Conde para q̃ le firmasse*, mem. num. 327. y don Diego Llamaçares: *Que Benauides dio al señor Conde la pluma, y poder para que le firmasse sobre vna cartera*, mem.num. 620. y Benauides: *Que èl llegò vn papel al señor Conde, para ver si podia firmar*, mem.num. 259. y Simõ Rodriguez: *Que dicho Benauides dio la pluma al señor Conde para que firmasse*, mem.num. 624. y esta contradicion es en lo perteneciente a lo articulado, mem.num. 617.

466 Y con otros testigos, en dezir: *Pidio Benauides la tabla frãca de las carnicerias, para el hijo de Iuan Vicente*, mem. numer. 276. y Laçaro de la Fuente: *La pidio Iuan Vicente*, mem.num. 463. y D. Diego Llamaçares lo mismo, numer. 468. y esta contradicion es en lo articulado, mem.num. 459, y en otra circunstancia del nombramiento, que dizen hizo el señor Conde de testamentario en el Cardenal Borja, pues el dicho don Diego dize en esta parte lo mismo que Benauides, mem.num. 276. contradiziendose con Laçaro de la Fuente, y con D. Bartolome del Castillo, que dizen otra cosa.

467 Y lo que mas se deue ponderar, es el gran arrojamiento con que dize: *Que no por estar el señor Conde con el letargo cree que estuuo fuera de juizio*, mem.n. 276. (cosa contra toda razon, y reglas de medicina) y assi por razon tambien de deponer tan animosamente, no se le deue dar credito.

468 Y tambien dize, *que el señor Conde dixo, que le enterrassen en Loeches con su muger, mem. nu.* 276. cosa que estando la señora Condesa viua, fue muy fuera de proposito, y arguye bien la falta de juizio que padecia.

469 Don Bartolome del Castillo es interessado en que valga el testamento de 645. por tener legado en el, de siete reales cada dia, por todos los de su vida, *mem. nu.* 1048. por lo qual no se le deue dar credito, por la regla que queda fundada.

470 Y se contradice con otros testigos en lo que dize: *Que escrito el poder para testar, le tomò èl al Escriuano, y le pusò sobre vna cartera, y cõ vna escriuania se llegò al señor Cõde, para q̃ le firmasse, y le dio la pluma,* mem. num. 327. diziendo don Diego de Araque: *Que dicho don Bartolome del Castillo dio al señor Conde vna pluma para que firmasse, poniendole vn papel blãco para ver si podia firmar*, mem. num. 276. y D. Nicolas Ontañon lo mismo, mem. num. 618. y Benauides: *Que llegò èl vn papel al señor Conde para ver si podia firmar*, mem. num. 259. y don Diego Llamaçares: *Que Benauides dio al señor Conde la pluma, y poder para que le firmasse sobre vna cartera,* mem. nu. 620. y Simon Rodriguez: *Que Benauides dio la pluma al señor Conde para que firmasse*, mem. num. 624. y esta contradicion es en lo perteneciente a lo articulado mem. nu. 617.

471 Y con otros testigos; *En el nombramiento, que dizen hizo el señor Conde de testamẽtario en el Cardenal Borja, pues el dicho don Bartolome dize en esta parte lo mismo que Laçaro de la Fuente*, mem. nu. 327. Y asi se contradize, como èl cõ don Diego de Araque, y con Benauides (como se prodrà ver arriba) Teniẽdo pues el dicho don Bartolome las dichas contradiciones con los otros testigos, tampoco se le deue dar fè.

472 Don Diego Llamaçares, depone con grandissimo arrojamiẽto, como se podrà ver en toda su deposicion, desde el principio hasta el fin, mem. num. 217. 227. 252. 292. 310. 333. 468. 518. 564. 570. 576. y 620. y por dicha razon no se le deue dar credito.

473 Y añade se hallaron presentes al otorgamiento del poder, don Bernardo Ramirez: y Artus de Rois, mem. num. 333. y D. Bernardo Ramirez, dize: *No se hallò presente al otorgamiento del poder*, memorial num. 329. y Artus de Rois *tambien lo dize*, mem. num. 337. por lo qual no se le deue dar credito al dicho Llamaçares, pues no se dà al testigo, que dize auerse hecho vn acto en presencia de otro, si aquel en cuya presẽcia dize se hizo, niega el auerse hallado presente, Mantic. *decis.* 338. *num.* 4. Farinac. *de testib. quaest.* 65. *n.* 274. *&* 275. Mascard. *de probat. conclus.* 1374. *numer.* 1. *tom.* 3.

474 Y no solo se contradice cõ otros, sino aũ consigo mismo, pues auiendo dicho, *primero que el señor Conde echò el braço derecho a Benauides por dos vezes*, mem. nu. 333. dize luego, *no firmò dicho señor el poder por estar echado sobre el braço derecho, como lo tenia de costumbre*, memorial numer, 620. Y asi contradicien-

ciendose este testigo consigo mismo en vna misma deposicion, no deue ser creido, *cap. licet causam. 9. de probation.* Farinac. *de testib. q. 66. nu.* 13. Minsinger. *cent. 2. obseruat. 86. num.* 4.

475 Y aunque esta contradiciõ no es en lo sustancial, y articulado de la causa, es empero en lo perteneciente a ello, mem. num. 617. y assi basta, para q̃ no se le dè fee a dicho testigo, Farinac. *d. quæst. 66. nu.* 28. 29. & 30. Y aunque fuera en lo estraño, y impertinente, bastàra estando, como està, dicho testigo sospechoso de falso, com lo resuelue Farinac. *d. quæst. 66. num.* 25.

476 Y con otros en dezir, *que Benauides dio al señor Conde la pluma, y poder para que le firmasse sobre vna cartera, mem. num.* 620. y Benauides, *que llegò vn papel al señor Conde, para ver si podia firmar, y que para ello dicho señor pidio la pluma a dõ Bartolome del Castillo, mem. n.* 259. y don Bartolome del Castillo *dio el la pluma, y el poder al señor Conde sobre vna cartera para que le firmasse, mem. num.* 327. y don Diego de Araque, *que don Bartolome del Castillo dio al señor Conde vna pluma para q̃ firmasse, poniendole vn papel blanco, para ver si podia firmar, mem. n.* 276 y don Nicolas Ontañon *dize lo mismo, mem. n.* 618. Y esta contradicion es en lo perteneciente a lo articulado, mem. num. 617.

477 Y tambien con otros, en dezir, *que Iuan Vicente pidio al señor Conde la tabla franca de las carnicerias, mem. num.* 468. diziendo Benauides, *que èl la pidio, mem. num.* 259. y don Diego de Araque dize lo mismo, mem. num. 276. y esta contradicion es en lo articulado, mem. nu. 459.

478 Y con Andres Dualde en dezir, *que el señor Conde quando le dieron el Viatico, dixo el Credo en Romance, mem. num.* 518. diziendo el mismo Andres Dualde, *le dixo en Latin*, mem. num. 507. y esta contradicion es en lo articulado, mem. num. 503.

479 Y en lo que dize, *que el señor Conde despues de recibido el Viatico, queriendose ir el Cura, le dixo, mire v. m. que se le ha oluidado vna pregunta que me deuè hazer, de que si la enfermedad no me diesse lugar a pedir la Extremavncion, la pedia aora, y el Cura le respondio: V. Excelencia tiene mucha razon: vea si la pide, y dicho señor le respondio, que si, mem. nu.* 518. Y el Licenciado Tomas de Mansilla, Cura, *que el Padre Prior del Carmen se lo aduirtio a èl, y que èl entonces preguntò al señor Conde si pedia la Extremavncion, y que dicho señor respondio, que si, mem. nu.* 511. y Fray Bartolome Diaz dize lo mismo, mem. num. 516. y esta contradicion, es perteneciente a lo articulado, mem. n. 503.

480 Don Ioseph de Isunça es interessado en que valga el testamẽto del año de 645. por tener legado en el de seis reales y medio cada dia por todos los de su vida, mem. nu. 1043. por lo qual no se le deue dar credito, como hemos prouado.

481 Contradicese euidentemente consigo mismo en la deposicion que hizo en este juizio, y en la sumaria de Toro, pues en ella dize, *no se hallò al otorgamiento del poder*

*der*, mem.num.341. Y en la hecha en plenario, dize: *Auerse hallado al otorgamiento de dicho poder*, mem. nu.342. por lo qual no se deue dar fè, ni a la vna, ni a la otra deposiciõ, como queda prouado.

482 Y no satisface a esto lo que se dize en la informacion contraria, num.303. que auiendose examinado este testigo en plenario, sin vista de la deposicion en sumario, y con protesta de no oponerse a ella, no se puede considerar encuentro para que se le disminuya la fè, para cõprouacion de lo qual alegan a Menochio, y a Gail, los quales no lo dizen, y Farinac. *de testib. quæst.66. nu.*40. que dize se ha de estar al primer dicho: en el num.43. de la misma question, dize, no procede quãdo el testigo fue primero examinado en juizio sumario, y despues en plenario; porque en este caso no se ha de estar, ni a la vna, ni a la otra deposicion, como dize el mismo Farin. en el *n.* 154. de la dicha question, al qual se remite en el dicho, *num.*43.

483 Y tambien se contradice con otros testigos, en lo que dize: *Que el señor Conde tomò en su mano la pluma para firmar el poder*, mem. num.342. pues don Diego de Araque, dize, *se le puso al señor Conde vn papel blanco para ver si podia firmar*, mem.num.276. y don Nicolas Ontañon, dize lo mismo, mem. num.618. y Benauides, num. 259. y esta contradicion es en lo perteneciente a lo articulado, mem. nu. 617. y por razon de tener dicha cõtradicion con los otros testigos, no deue ser creido.

484 Don Nicolas Ontañon es interessado en que valga el testamẽto del año de 645. por tener legado en èl de seis reales y medio cada dia, por todos los de su vida, mem. nu. 1042. por lo qual no se le deue dar credito.

485 Dize, *se hallò presente al otorgamiento del poder*, mem. num. 335. lo qual cõsta no ser cierto, porque siendo, como era, dicho don Nicolas, page del señor Conde: y auiendo ido a la Parroquia con la hacha, para venir acompañando al Santissimo, como el mismo dize, mem.num.504. no pudo hallarse al otorgamiento, pues en el tiempo q̃ tardaron en boluer de dicha Parroquia los que fueron, passò dicho otorgamiento: y assi lo dizen Artus de Rois, mem.num.337. y Francisco Vallejo, mem.n.344. los quales dan por razon: *De no auerse hallado al dicho otorgamiento el auer ido a la Parroquia para venir acõpañando al Santissimo*, y Iuan de Guadiana, dize: *Que no se hallò presente al otorgamiento del poder, porque en tanto que el señor Conde le otorgò, el, y los demas pages fueron con achas para traer de la Parroquia el Santissimo.* mem.n.390. y don Ioseph de Issunça, que era tambien page del señor Conde, y fue a la Parroquia con la acha para venir acompañando al Santissimo, es cierto no se hallò a dicho otorgamiento, y assi lo dize èl en la informaciõ sumaria de Toro, mem.num.341. aunque en plenario dixo lo contrario, como se ponderò arriba.

486 Contradicese con otros testigos en lo que dize: *Que D. Barto-*

to-

*tolome del Castillo, dio al señor Conde papel blanco, y vna pluma para ver si podia firmar*, mem.num.618. y como quiera que en esta parte dize lo mismo que don Diego de Araque, contradicese como el, cõ el dicho don Bartolome, y con Llamaçares, y con otros que se podran ver arriba.

487 Y tambien se contradice en otra circunstancia del nombramiento que dizen hizo el señor Cõde de testamentario en el señor Cardenal Borja, pues el dicho don Nicolas dize *en esta parte lo mismo que Benauides*.mem.num. 335. y es contrario como el, con Laçaro de la Fuente, y con don Bartolome del Castillo, como se podrà ver arriba, y contradiciendose con los otros, no deue ser creido.

488 Simon Rodriguez, es interessado en que valga el testamento del año de 645. por tener legado en el, de seis reales y medio cada dia por todos los de su vida, mem.num. 1046. calidad que le quita el credito.

489 Contradicese con otros testigos, en dezir, *que Benauides dio la pluma al señor Conde para que firmasse.mem.num*. 624. y Benauides dize, *la dio don Bartolome del Castillo, mem.num*.259. y don Bartolome del Castillo, *dize dio el la pluma al señor Conde, mem. num*. 327. y esta contradicion es en lo perteneciente a lo articulado, mem, num. 617.

490 Y tambien con otros en quanto dize, *que el señor Conde quãdo nombrò por testamentario al señor Cardenal Borja, dixo el Cardenal mi señor, y luego dixo, de Borja, mem.nu*, 331. y como quiera que en esta parte dize lo mismo que Laçaro de la Fuente, contradizese como el con don Diego de Araque, y con Benauides, como se podrà ver arriba; teniendo pues este testigo dichas contradiciones con los otros, no se le ha de dar fee.

491 Doña Geronima de Mendoça es interessada en que valga el testamento del año de 645. por tener legado en el, de nueue reales cada dia, por todos los de su vida, y de casa en que viuir, mem.num. 1069. que es tacha particular en los mas.

492 Y demas la paga el señor Duque la en q̃ viue, mem.nu. 1073. 1074. por lo qual no se le deue dar fee: porque el testigo que recibe dinero, ò otra qualquier cosa de la parte por quien depone, no prueua, ni haze fee. *Testis corruptus pecunia, vel alia re non probat*, Farin. *de testib. quæst*.67.*num*.236. Mascard. *de probation. conclus*. 445. *tom*. 1. Menchaca *controuers. vsufrequent. cap*. 36.*num*.6. Zeuallos *quæst*. 178. Y quando la dicha doña Geronima hizo su deposicion en este juizio (que es la que se deue atender, y no la que hizo en sumario ante vn Teniente desta villa) auia ya recibido la viuiẽda de casa del señor Duque; pues dicho señor alquilò casa por fin del año de 648. para que la dicha doña Geronima, doña Catalina de Oliuares, Isabel Delgado, y Ana Gomez viuiessen, memorial numer. 1073. 1074. con que la dicha resolucion de que no se le deue dar fee, procede sin dificultad alguna, por auer recibido la viuienda de casa, antes q̃ hiziesse la deposicion, Farinac. *dict*.

*quæst.67.num.277.& 278.* y aunq̃ la huuiera recibido despues; quedaua esta testigo muy sospechosa, como dize el mismo Farinac. *dict. num.278.*

493 Y que sea lo mismo auer recibido la dicha viuienda de casa, que si huuiera recibido dinero, no es dudable, pues en nombre de dinero, se comprehende todo lo que se puede reducir a el, *l. pecuniæ 222. ff. de verbor. signif. August. Barbos. de appelat. verbor. iur. signif. appell. 196. num. 1.*

494 Y tambien es de notar el grande arrojamiento con que dize: *que el señor Conde en su enfermedad siempre estuuo en su juizio, y entendimiento natural, mem. nu. 371. y que quando otorgò el poder, dixo, q̃ queria que aquel poder solo valiesse, y que no valiesse ningun testamento, ni codicilo que pareciesse suyo, mem. nu. 372.* y por razon de deponer con tanto arrojamiento, no deue ser creida.

495 Contradicese con otros testigos en lo que dize: *Que el escriuano escriuio el poder en vn bufete en frente de la cama del señor Conde, mem. num.* 372. Pues Simon de Sãtos, oficial de Benauides, dize *escriuio èl el dicho poder en el antesala, dictandosele dicho Benauides, mem. nu.* 443. y don Diego de Araque dize: *Que Benauides salio a fuera a la pieça inmediata donde llenò el poder, mem. num.* 276. y esta contradicion es en lo perteneciente a lo articulado, mem. num. 317. contradiciendose pues la dicha doña Geronima con los otros testigos, no se le deue dar fee, como prouamos.

496 Doña Catalina de Oliuares es interessada en q̃ valga el testamento del año de 645. por tener legado en èl de quatro reales cada dia por todos los de su vida, y de casa en q̃ viuir, mem. num. 1070. que es el defecto que asiste en los mas.

497 Y el particular de pagarle el señor Duque la casa en que viue, mem. num. 1073. 1074. y por esta raçon no merece fè.

498 Y con grande arrojamiẽto se atreue à dezir lo mismo que referimos auer dicho D. Geronima de Mendoza: *De que el señor Conde Duque estaua en su entero juizio quando testò.*

499 Y no menos se contradice con otros testigos, en dezir: *Que Iuan Vicente pidio al señor Conde la tabla franca de las carnicerias,* mem. nu. 467. diziẽdo Benauides: *Que el la pidio*, mem. num. 259. y D. Diego de Araque lo mismo, mem. nu. 276. y esta contradicion es en lo articulado, mem. num. 459.

500 Isabel Delgado es interesada en que valga el testamento del año de 645. por tener legado en èl de tres reales cada dia, por todos los de su vida, y de casa en que viuir, mem. numer. 1071. con que queda inhabil.

501 Pagale el señor Duque la casa en que viue, memor. numer. 1073. 1074. y por dicha raçon no merece fè.

502 Dize: *Oyò el otorgamiento del poder por detras de la cortina de la cama del señor Conde, por lo qual no prueua, ni haze fee,* Farinac. *de testib. quæst. 69. n.* 188. Pacian. *de probat. lib. 1. cap. 10. n.* 30.

Y

503 Y con el mismo aliento se arroja a dezir *lo mismo que referimos auer dicho doña Geronima de Mendoza*, mem.num.374.y 375. y D. Catalina de Oliuares.

504 Y contradicese con otros testigos en lo que dize: *Que el señor Conde quando nombrò por testamentario al señor Cardenal Borja, primero dixo al Cardenal mi señor, y luego dixo, de Borja*, mem.numer. 375.y diziendo lo mismo que Laçaro de la Fuente, se contradice como el, cō don Diego de Araque, y con Benauides, como se podrà ver arriba, y contradiciendose con los otros testigos, no se le ha de dar fè.

505 Ana Gomez ( dize *vio el otorgamiento del poder desde vna rexilla de Alambre que està correspondiente al aposento donde dormia el señor Conde, mem.num.366.*) y es interessada en que valga el testamento de 645. por tener legado en el de dos reales cada dia, por todos los de su vida, y de casa en que viuir, mem. num. 1072. por lo qual no se le deue dar credito.

506 Pagale el señor Duque la casa en que viue, mem. num. 1073. y 1074. y por dicha razon no merece fee.

507 Depone con grande arrojamiento, como se podrà ver en toda su deposicion, mem. num. 364. 365. 366. y por dicha razon no deue ser creida.

508 Està notoriamente conuencida en lo que dize, *que Benauides era el escriuano ante quien ordinariamente se despachauan los negocios de la casa del señor Conde, mem. num.* 364. pues dicho Benauides da fee, *que el señor Conde no otorgò ante èl otra escritura mas que el poder para testar, y el nombramiento que hizo de la tabla franca de las carnicerias à Iuan Vicente, mem.num.* 738. y aunque la dicha falsedad no es en lo sustancial de la causa, ni en lo perteneciente a ello, sino en lo estraño, y impertinente, basta para que no se le dè fee en nada, estando como està sospechosa de falsa.

509 Y se contradice con otros testigos en dezir *que el escriuano escriuio junto a la cama del señor Conde, sobre vn bufete, mem. num.* 366. y dize lo mismo que doña Geronima de Mendoça, y se contradize como ella, con Simon de Santos, y don Diego de Araque, como se podrà ver arriba, y contradiciendose con otros testigos, no merece fee.

510 Iuan Vicente, el Licenciado Pedro Martinez, y don Luis del Alcaçar, no prueuan, ni hazen fee alguna, por auer sido examinados, y prendados en vna informacion sumaria hecha sin citacion de la parte, mem.num. 321. 322. 323. 324. 325. como lo resuelue Farin. *de testib. quæst. 72. num.* 1. lo qual es tan notorio, que por reconocerlo el señor Duque, dize no se vale della en este juizio, para que haga fee, *vt patet, num.* 388.

511 A estos se reducen los testigos que dizen se hallaron presentes al otorgamiento del poder (y Domingo de Miera, no se hallò: porque entraua, y salia en el apossento del señor Conde, y tan solamente oyò algunas palabras, mem. num. 431.) y son quinze, y no treinta y seis, co-

 mo

mo se dize en la informacion, num. 210. cosa que quando los huuiera auido, pareciera inuerisimil que tantas personas se hallassen presentes a vn acto de vn señor tan grande, dōde apenas suele hallarse el numero competente, y mas quando, como està prouado, no se dexaua entrar à ninguno a que viessen al señor Conde.

512 Y asi no ay que atender à si dan, ò no razon de sus deposiciones: porque sino son capaces de darseles credito, poco importa que digan lo que quisieren, ni que los quatro dellos sean instrumentales del mismo poder para testar, si los tres son interessados en los legados, y prendados, con auer depuesto en la informacion sumaria de Toro, cuyo empeño les inhabilitò, y se hallā en ellos los encuentros, ò contradiciones que quedā ponderadas, y los dos dellos, que son don Luis del Alcaçar, y el Licenciado Pedro Martinez no estan ratificados.

513 Y contra los quatro asiste la resolucion de Gama en la *decis.* 98. donde en otro caso semejante auia once testigos que deponian de la falta del juizio del tiempo del testamento, y quince de la sanidad del, y se descalfaron los seis, por auer sido presenciales del acto, y juzgarlos por interesados en el empeño de que se declarasse por valido, porque si se diesse por nulo, quedauan desacreditados, como con muchos lo afirma en el num. 1.

514 Y aunque su Adicionador Flores de Mena, no tiene por muy segura su opinion, èl mismo dize, que por esta causa sola no los tendria por inhabiles, no concurriendo otros defectos, ò causas de sospechas, y lo mismo dize don Iuan del Castillo lib. 4. d. cap. 28. n. 54. vers. *Sexto quoque facit.*

515 Y si biē ambos lleuan la contraria, es solo quando contra los testigos no ay otros defectos; pero auiendolos, como aqui, y concurriendo los encuentros que se hā pōderado, los mismos Autores reconocen, que no pueden hazer fè, vt Flores aduertit, ibi: *Mihi apparet, quod probabile interesse testes prætendere possint, nec quod sex, nisi sint consanguinei famuli, aut pretio corrupti, debeant contra conscientiam deponere.*

516 Y si asisten, ò no en este caso estas circunstancias, se dexa a la estimacion de los señores Iuezes.

517 Y es digno de aduertir lo que dizen en el num. 213. para suplir el defecto de la falta de ratificacion de D. Luis del Alcaçar, y Lic. Pedro Martinez, de que con el abono queda suplido; porque con ello se desvanece el mismo, que tan neruosamente oponen al Padre Iuan Martinez de Ripalda, de que no se ratificò.

518 Ponderan en el num. 215 la deposicion de Bernardino de Benauides escriuano, ante quien passò el poder para testar: siendo asi, que solo el interes que le và en el valor del, le inhabilita, como lo afirma Pedro Surdo, cons. 89. nu. 45. despues de muchos que refiere, y el Cardenal Mantica de coniecturis lib. 2. tit. 5. numer. 17. y D. Iuan del Castillo dict. cap. 28. num. 40. vbi, vt moris est plurimos adducit.

Y si

519 Y si bien alegā otros, que juzgan deuerse darle fè a su deposicion, por tocarle por razon de la obligacion de su oficio, la de apurar si el testador estaua, ò no en su sano juizio para hazer el testamento; pero lo cierto es, que proceden, quādo contra el escriuano no concurrē otras circunstancias, que hagā sospechosa su verdad, porque si las ay, no se le puede dar credito.

520 Y aqui estan ponderadas tantas contra èl, que fuera mucho excesso quererle dar credito alguno, y mas quando las deposiciones de los testigos con que se quiere apoyar su legalidad, padecen los mismos defectos de sospecha, que el q̄ tratan de abonar.

521 Y se deue aduertir, que no auiendose atreuido Bernardino de Benauides, en el poder que otorgò, a certificar, que el señor Conde estaua en su entero juizio, quando le otorgò (cō ser estilo suyo el hazerlo en los testamentos q̄ passuā ante el) lo afirme despues, como testigo quando no le tocaua decirlo, por razon de su oficio, y estaua empeñado en el credito del poder, y en los demas laços en q̄ la codicia le metio.

522 En el num. 217. con la deposicion de los dos medicos Laçaro de la Fuente, y Francisco de Medina, que por peritos dicen se les deue creer) quieren realçar la prueua, sin reparar en que ay otro Medico mas perito que ellos (como lo es el Doctor Cipriano de Maroja, Cathedratico de Prima de Valladolid, y que por eminente le lleuaron desde alli para que reparasse la grauedad de aquella enfermedad) que depone que en toda ella estuuo el señor Conde sin juicio, cuya deposicion deue preualecer por lo q̄ queda dicho in prima n. 131. & 136.

523 En el num. 218. se valen de la deposicion del Licenciado Tomas de Mansilla, Cura de la Parroquia, que le ministrò el Viatico, con la qual, y la de otros testigos Religiosos, que lo fueron de aquel acto, quieren dezir estuuo en su entero juicio, en el por las circunstancias que concurrieron de deuocion al recibirle, a lo qual està respondido in prima, ex num. 174. vsque ad nu. 177.

524 Y aora se añade, que si se leen con el cuydado que se deuen las deposiciones de los testigos que deponen sobre la pregūta 13. mem. num. 503. (que es donde se articula el modo de la administracion del Viatico) se hallaràn tan visibles cōtradiciones entre ellos mismos, que fuera demasiada creencia tenerla de sus deposiciones: porque el Licēciado Mansilla, mem. num. 511. refiriendo, *que dixo el señor Conde la confession en Latin*, y *las respuestas que dio a las preguntas que le hizo*, no depone *que el señor Conde dixesse el Credo, ni en Romance, ni en Latin*, y Artus de Rois, mem. nu. 505. dize, *que dixo la confession en Latin, y el Credo en Romance*; y el Doctor Laçaro de la Fuente, num. 506. dize *lo propio*, y el Padre Fray Iuan de Iesus Maria, Prior de los Carmelitas Descalços, mem. num. 512. dize *dixo la Confession, y el Credo*, y Andres Dualde, num. 509. dize: *que dixo la Confession, y el Credo en Latin*, y don

don Diego de Llamaçares, mem. num. 518. que *dixo el Credo en Romãce*, y doña Geronima de Mendoça, mem. num. 520. que *dixo el Credo*, y siendo tan visibles las contradiciones, no ay que hazer estimacion de lo que en esta parte se puede ponderar.

525 Y en otra circunstancia deste mismo acto, ay otra variedad, y contradicion entre los testigos: porque el Cura de la Parroquia al fin de su deposicion, mem. nu. 511. dize: *Que por auer conocido que los señores sienten mas el morirse q̃ otros, no quiso tratarle del Sacramento de la Extremavncion, y que atendiendo a esto el Prior de los Carmelitas Descalços, le tirò por la sobrepelliz, y le dixo con voz baxa, la Extremavnciõ, y entonces el señor Conde dexando de atenderle, se boluio al Prior del Carmen, y le preguntò que era aquello, y entonces le dixo el Cura*: Señor de los *Sacramentos que ay en la Iglesia, para la salud de las almas, tiene V. E. recibido los quatro, y le falta el quinto, que es el de la Extremavncion, y si V. Excelencia tiene necessidad del, pidale a la Iglesia, y respondio el señor Cõde Duque, si pido: que soy Catolico Christiano*, y don Nicolas de Ontañon, mem. num. 504. dize, *que el señor Conde pidio la Extremavncion*, y don Bartolome del Castillo, memorial num. 509. dize, *la pidio el señor Conde*, y Fray Iuan de Iesus Maria, mem. num. 512. dice: *tiene por cierto que pediria la Extramavnciõ, y no dize la circunstancia de auerle tirado de la sobrepelliz, ni auer hecho el recuerdo, refiriendola el Padre Fray Bartolome Diaz*, mem. num. 516. y don Diego de Llamaçares, mem, num. 518. dice: *Que en acabando el Cura de darle el Viatico, tomò el vaso, y se iba, y entonces le dixo el señor Conde Duque, mire v. m. que se le ha oluidado vna pregunta, que me deue hazer, de que si la enfermedad no me diere lugar a pedir la Extramavncion, la pedia aora, y el Cura le respondio, V. Exc. tiene mucha razon, vea si la pide, y le respondio, que si, y entonces respondio el Cura, pues yo se la otorgo*, y doña Geronima de Mendoça, mem. num. 520. dize: *Que diziendole el Cura, que si pedia la Extremavncion, en caso necessario, le dixo, si por cierto, todo aquello que es menester para mi alma, pido, y quiero.*

526 Desde el num. 220. hasta el num. 246. dizen, que no ay otro modo de prouar el sano juizio, sino es por los actos exteriores, y que si se mira a los que el señor Cõde Duque obrò en el tiempo de las cinco horas del Miercoles por la mañana (que suponen auer tenido de aliuio) y a las palabras que dixo, descubrẽ el sano juizio que tuuo para auer podido otorgar el poder para testar, q̃ otorgò.

527 Pero discurriendo por menor, por algunos de los actos que ponderan ellos mismos, denotan la falta de juizio del señor Conde.

528 Porque la demostracion que hizo con Bernardino de Benauides (segun el la refiere, memor. numer. 354. con quien concuerdan don Diego Llamaçares, mem. nu. 332. y don Diego de Araque, mem. n. 339. quãdo llegò, llamado por la señora Condesa, y no por el señor Con-

Conde, como lo quieren assentar) no fue accion de sano juizio, porq̃ llegando a la cama del señor Conde, auerle llamado, y echadole los braços dos veces, diziendole, fuesse bien venido, denota estar fuera del: porque vn señor tan grande, a estar en si, no podia estar tan cariñoso con vn escriuano, de quien no era amigo, por la desigualdad; y assi no ay que sacar desto presuncion de capacidad, sino de lo contrario.

529 Tanto mas, que Artus de Rois, mem.num.336. (que fue el page que fue a llamar al escriuano, y le truxo, y entrò con el en el aposento de la cama) no refiere esta accion, y menos otros testigos que dizen auerse hallado presentes quãdo entrò el escriuano, como son D. Bartolome del Castillo, mem.num. 327. y Francisco Vallejo, memor. num.343. y don Luis del Alcaçar, mem.num.324.) y si huuiera passado, no es verisimil dexaran de referirlo, quando anduuieron fraguãdo tantas circunstancias, tan menudas para colorear, que el señor Cõde tuuo entero juizio, y el Doctor Laçaro de la Fuente, mem.numer. 349. solo dize: *Que el escriuano entrò en el aposento del señor Conde Duque, y en entrando, le dixo su Exelencia, v.m. sea bien venido, si lo repitio, ò no, no reparò, mas de que se lo dixo con alegre semblante*, segun lo qual, teniẽdo esta acciõ tanta inverisimilitud (y no siendo muy seguro el auer passado por la contrariedad de vnos testigos con otros) y no ser demostracion de quien estaua muy en si, no se deue hazer fundamento sobre ella.

530 Y menos de lo que en el nu.225. dizen auer passado el Miercoles a las quatro de la mañana con el Doctor Francisco de Medina. segun èl lo refiere sobre la quinta pregunta, mem.num.236. (con quien concuerdan Artus de Rois, mem.n. 238. y don Diego de Llamaçares, mem.num.252.) si bien diferencian en la hora: porque Medina dize, *a cosa de las quatro de la mañana*, y don Diego de Llamaçares, *como a las cinco*, y Artus de Rois, *a cosa de las cinco*, y Domingo de Miera, mem. num. 240. *despues de las seis de la mañana*, y doña Geronima de Mẽdoça, mem. num.242. *entre cinco, ò seis de la mañana*, y siendo tan contrarios en la hora, no se puede dar credito a ninguno.

531 Y se deue reparar mucho en la razon que da doña Geronima, ibi: *Y lo sabe, porque se hallò presente, y quando entrò el Medico estauan alli doña Catalina de Oliuares, y Isabel Delgado*, siendo asi, que ninguna de las dos citadas refieren auerlo estado, antes doña Catalina, mem.num. 245. dize: *Entrò vn criado a dezir a la señora Condesa, que estaua mejor el señor Conde, como a las cinco de la mañana, y el dicho Doctor Medina muy despues entrò a la cama donde estaua la señora Condesa, y hallandose alli la testigo, le dixo: que estuuiesse muy contenta su Excelencia, poniendo la rodilla en el suelo, que el señor Conde Duque estaua muy bueno, y muy en disposicion de ordenar sus cosas: porq̃ le auia passado con su Excelencia todo lo que contiene la pregunta*, y Isabel Delgado, mem.num. 247. solo dize: *Que en auiendo mejoria entrauan*

*uan los criados a dezirlo a la señora Condesa, y que entraron aquella mañana, y le dixeron auia passado todo lo que refiere la pregunta quinta; pero habla de oìdas, y no de auerse hallado presente a ello*, y como se ha dicho, quando los testigos afirman no auer se hallado presentes al acto en que otro testigo les cita, se haze sospechoso de falso.

532 Y no es menos de reparar en lo que dize don Diego Llamaçares, quando cuenta lo que passò al señor Conde Duque con el Doctor Medina, donde afirma, *que se hallaron presentes don Nicolas de Ontañon, Artus de Rois, Iuan Vicente, y Simon Rodriguez*, y ninguno destos citados lo refieren, con que se conoce no auer mas prueua desta accion, que la deposicion del Doctor Medina, que se deshaze con las contradiciones de los testigos, en quanto a la hora, y excluir èl con su misma deposicion la asistencia, y concurrencia con los demas, y con la diuersidad que ay de citarse los vnos a los otros, por presenciales, y no referirlo los citados, antes deponer de oidas, y no dezir que se hallaron presentes.

533 Y de las demas circunstãcias que acumulan en el num. 226. cum sequentibus, algunas dellas, no tienen comprouacion, mas de solo la deposicion de vn testigo singular, como es la que refiere don Diego Llamaçares, mem. dict. num. 252. de lo que le passò a solas con el señor Conde, quando le apretò las manos.

334 Y las que tienen mas comprouaciones con los mismos testigos, que padecen los defectos que quedan ponderados, que debilitan la fee que se les deue dar, y assi no viene à auer ninguna concluyente de la capacidad del juizio en aquella tregua que dio la enfermedad el Miercoles por la mañana (en que suponen auerse otorgado el poder) confessadose el señor Conde, y recibido el Viatico, y despues comido, y estado en conuersacion con algunos mas de media hora.

535 Porque todas estas acciones, aunque ayan tenido apariencia de sano juizio, no suponen la realidad, y consistencia del, antes como se dixo in prima, num. 175. el dezir algunas palabras cuerdas, no se tiene por bastante indicio de sanidad en la persona que estaua enagenado del juizio, ni excluyen el furor que se articula contra el testador, por ser muy contingente auerlas dicho, y sin embargo quedarse en su ser el delirio, vt dictat textus in l. his qui in ea 12. §. Diuus, ff. de tutoribus, & curatoribus datis ab his, ibi: *Non est nouum, quosdam, etsi mentis videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinẽtia, vt nisi subveniatur eis, deducantur ad egestatem*, Filip. Corneo cons. 73. num. 3. & 4. col. 3. vol. 1. ibi: *Tamen ista redditio causæ scientiæ non stringit; quia licèt respondeat ad propositum, non sequitur, quòd sit sanæ mentis*, Laderchio de Imola cons. 39. col. penult. in fine, ibi: *Nec vlla correctio, quatenus facta esset, dum legebatur testamentum, aliquid facit; quia quandoque inserunt quædam, quæ videbuntur prodire ab homine sanæ mentis*, & alij plures congesti à

Fa-

Farinacio in fragmentis, verbo furor, num. 234. & præcipuè, nu. 285. donde auiendo citado a Mantica de coniecturis lib. 2. tit. 5. nu. 17. verſ. *Item ſciendum eſt* (quatenus, dixo, q̃ el teſtigo que dà por razon de que el furioſo eſtaua en ſu juizio: porq̃ le vio hablar cuerdamente) lo entiende quando ay ſeñales, y indicios cõcluyentes de que eſtaua furioſo: porque entonces prouado eſte eſtremo anterior, no ſe deue tener por proua da la ſanidad: porque el teſtigo deponga que le vio hablar coſas de hombre de juizio.

536 Maximè, que el ſeñor Marques de Leganès no ſe ha contentado con la preſuncion que reſulta de la continuacion del furor en el intermedio (prouados los eſtremos antecedentes, y ſubſiguiẽtes al acto del teſtamento) ſino que en la pregunta 4. mem. num. 701. articulò, que en aquel poco ſoſsiego que tuuo el ſeñor Conde el Miercoles por la mañana, no eſtuuo libre del frenesi, y delirio que padecia, ni con ſu entero juizio, ni le tuuo al tiempo q̃ otorgò el poder para teſtar: porque en el miſmo eſpacio de la ſuſpenſion, dezia palabras deſconcertadas, y hazia acciones en que ſe reconocia manifieſtamente no eſtar capaz, y ſobre ella lo deponen el Padre Iuan Martinez de Ripalda, mem. n. 705. y el Doctor Cipriano de Maroja, mem. num. 714. y 715. y otros cuyas depoſiciones no ſe bueluen a repetir: porque ſe han referido latamente in prima ex num. 109. vſque ad num. 150.)

537 Y en eſtos numeros de nueſtra primera informacion, ſe ſatisface à todas las opoſiciones que por parte del ſeñor Duque ſe pretenden hazer contra las depoſiciones del Padre Iuan Martinez de Ripalda, y el Doctor Maroja, con que nos eſcuſamos de ſatisfacer a lo que ſe dize aora contra ellos en la informacion del ſeñor Duque, deſde el nu. 247. haſta el 287. por eſtar anticipadamẽte preuenido en la nueſtra, y hallarſe tambien deſvanecidas todas las reſpueſtas que por el ſeñor Duque ſe han pretendido dar, deſde el num. 288. haſta el num. 308. a las opoſiciones, y contradiciones que por nueſtra parte ſe han ponderado contra ſus teſtigos, q̃ ſon tã concluyentes, que totalmente repelen ſu credito.

538 Deſde el num. 309. haſta el 312. dize el ſeñor Duque, que en concurſo de las prouanças, que ay por vna, y otra parte, ſe ha de dar mas credito a los teſtigos que deponen de la recobraciõ del juizio (por ſer mas en numero) que a los que dizen de la falta del, por ſer menos. Sed excluditur.

539 Lo vno, que todos quantos tiene, por ſer parte el ſeñor Duque, ſon los miſmos que ſe han ratificado en lo que dixeron en la informacion ſumaria de Toro, hecha ſin neceſsidad, ſolo para prendarlos, y tenerlos empeñados, para que en el plenario no ſe pudieſſen boluer atras, y fueſſe preciſo ratificarſe; y eſta diligencia extraordinaria, arguye el dolo, y poco credito que ſe les deue dar, vt cum Bartolom. Socino conſ. 98. num. 15. vol. 3. diximus in prima numer. 157. donde ſe refieren ſus palabras, dignas de leerſe

se muchas veces; porque quien las ponderare, como ellas son, verà el poco, ò ningun credito que se deue dar, ni a la sumaria, ni a la plenaria, que sobre el empeño della se hizo.

540 Lo otro, que aun quando no padecieran los defectos referidos, no se deuia en este caso atender al mayor numero dellos, sino a la mayor razon con que depusieron (que es lo que considerò la Santidad de Inocencio Tercio in cap. in nostra 32. de testibus, ibi: *Cum igitur hinc plures, inde vero sint testes numero pausiores producti*) y a la calidad de sus deposiciones, scilicet, si los de vna parte contradicen a los q̃ los otros deponen por ella misma, y a las mismas deposiciones, ibi: *Quos non solum diuersa, sed aduersa penitus inquibusdam constat, testimonia reddidisse*; y a la de las personas de ellos, ibi: *Quia etiam ad multitudinem tantum respicere non oportet, sed ad testium qualitatem, & ad ipsorum deposita, quibus potius lux veritatis assistit, ex quibus motum animi sui conuenit iudicem informare*) para resoluer que si los testigos de vna, y otra parte, son de igual credito, y estimacion, auerse de atender al mayor numero, ibi: *Mandamus quatenus si testes vtrinque producti, eiusdem honestatis, & æstimationis extiterint, cum constet testes Monachorum esse testibus Archidiaconi numero panciores pro Ardiacono sententiam proferatis*, y si fuete mayor la qualidad de las personas de los pocos, que la de los muchos, deuen ser preferidos los menos: *Si vero testes ex parte Monachorum producti tanta prahemientia fuerint, quod eorum authoritas aliorum sit merito multitudini preferenda ab impetione Archidiaconi absoluatis eosdem.*

541 Que es lo que en el nuestro deuen cõsiderar los señores Iuezes que determinaren este pleito; porque aunque hallen mayor numero de testigos por la parte del señor Duque, y menos por la del señor Marques de Leganes, no han de atender al mayor numero, sino a la mayor razon de los vnos, y haziendo esto hallarã ser superior la de los testigos del señoor Marques por conformarse mas deposiciones con la verdad, y con la presuncion natural (de que auiendo estado el señor Conde Duque fuera de juizio, desde el Sabado en la tarde con el frenesi, y delirio que padecio hasta el Miercoles a las siete de la mañana, y con el letargo q̃ le sobrevino al medio dia, que le durò hasta que murio) fue fuerça se continuasse el delirio en aquel intermedio del poco tiempo que los testigos del señor Duque deponen auer tenido juizio para hazer el poder para testar.

542 Y si atienden tambien los señores Iuezes a la diuersidad, y cõtradicion que ay entre si mismos, en vnos, y otros testigos, y la inhabilidad que los resulta del empeño (en que se pusieron en auer depuesto en la informacion sumaria de Toro) y el interes que les và en que sea valido el poder oara testar (por depender de su valor la cobrança de sus legados) y a la calidad de ser criados, y confidentes de la señora Cõdesa, reconoceran, que monta mas la del Padre Inan Martinez de Ripal-

palda, por confessor del señor Conde Duque, y vn varon tan docto, y la del Doctor Cipriano de Maroja, Cathedratico de Prima de la Vniuersidad de Valladolid, que todo lo demas que por si tiene el señor Duque, segun la resolucion de Hostiense in dict.cap.in nostra, quẽ extollit Abbas ibidem vbi dixit: *Quod si ex vna parte possent esse duo testes, tales, & tantæ honestatis, quod potius eis staret, quã multitudini*, quos refert & sequitur Rodericus Suarez dicta allegat. 1.num. 13.ad finem. Y en el num. 15. pondera tachas contra los testigos que afirman de la sanidad, con que dize quedar totalmente dasvanecidas sus deposiciones.

543 Lo otro, que la conclusion que en contrario se alega, de que mas se deue creer a los testigos que deponen por la sanidad del juizio, que a los que arfimã la falta del (que refiere Farinacio in fragmẽtis verbo *furor*, n.306. vsq. ad n.311.) tiene por limitacion vna, que es cõcluyentissima para este caso, scilicet, que quando el furor, y delirio està prouado con actos, y señales especiales que le confirman (causados por naturaleza, y essencia de la enfermedad) y la prouança de la sanidad es generica, entonces se prefieren los que deponen del furor especifico a los que dizẽ de la sanidad in genere, vt post plurimos tradit Farinacio vbi supra numer. 312. & 313. Fuluio Paciano de probation. lib. 1. cap. 50. num. 17. precipuè nu. 18. donde dize que se juzga por prouança especial, la que se haze con actos especiales del furor.

544 Y no solo las ay àqui, sino de la essencia del mismo furor, y frenesi, y de la cercania, y proximidad del delirio al mismo acto del otorgamiento del poder, en que cõ vna pluma seca le induxeron a que procurasse firmar, y no pudo, y dixo las palabras tan agenas de juizio. *Yo, Yo, quãdo estaua en Salamãca, y era Rector*, y siendolo, deue preferirse a la otra.

545 Y aũque el mismo Fuluio Paciano ibidem, nu. 20. dize: *Quod quando testes hinc inde, sunt æquales numero, & dignitate, magis esse credendum testibus de sana mente, quam de furore deponentibus*, lo limita, n. 21. constando auer estado antes furioso; porq̃ si se trata entonces de impugnar el acto hecho despues del furor, aunque aya testigos que depongan de la sanidad, se prefieren los q̃ deponẽ del furor, sino es en caso de auer prouãça clara, y sin disputa alguna, de que al tiẽpo del otorgamiẽto estaua en su entero juizio.

546 Lo qual ha faltado aqui en la prouança del señor Duque, porque no la ay especifica, ni clara, sino afectada, y dudosa que se excluye con la proximidad del furor antecedente, y succesiuo, y con el subsiguiente al mismo acto, cuyos estremos califican auerse continuado el delirio en el intermedio.

547 Vltrà, que mirados los fundamentos (que por si trae Rodrigo Suarez dicta allegat. 1. num. 17. (a quien refiere, y sigue Caldas Pereyra dicto cons. 24. num. 26.) concluyen deuer ser preferidos los testigos que deponen del furor a los de la sanidad del entendimiento: porque

los que deponen del, hablan de vn acto inuisible,y los del furor devna cosa que todos la ven, y perciben, y se conoce en la exterioridad de los actos que descubren la fuerça del frenesi,y priuacion del juizio.

548 En el num. 313. hasta el 437. trata el señor Duque de respõder a las congeturas que se consideran por el señor Marques,para calificar el defecto de juizio que padecio el señor Conde Duque al tiempo del otorgamiento del poder para testar.

549 Y antes de entrar en ellas propone algunas conclusiones generales que pueden conducir para su exclusion,como son,que las congeturas con que se pretendieron hazer para prueua del furor,han de ser eficaces,y no leues,y del tiẽpo mismo del otorgamiento del testamẽto,y los testigos que las comprouaren no singulares, ni los actos equiuocos,ni aplicables a vno,y otro fin, sino que precisamente conuencen el furor,y que para testar no es menester que el juizio estẽ muy cabal, sino que no aya total priuacion del.

550 Y tan lexos està, que ninguna dellas perjudique al intento del señor Marques, q̃ antes le aprouechan.

551 Y las que aqui asisten no son leues,sino eficaces: porq̃ quando ay enfermedad capaz de producir delirio, y priuacion del juizio (como lo es el frenesi, que por su propia naturaleza le produce) no es menester otra congetura, pues con solo verificar que el testador adolecia desta enfermedad, es la verdadera prueua.

552 Y las que se han ponderado,no fueron remotas, sino contẽporaneas al mismo otorgamiento del poder: porque quando el furor del tiempo antecedente,y subsiguiẽte,es tan proximo,persuade no auer sido possible dexar de auerse continuado en el intermedio, y los testigos con que se prueua, no son singulares,sino contestes en que no tenia el señor Conde Duque juizio quando le otorgò,bastando que los de vna, y otra parte lo fuessen, en que estaua priuado del,antes, y despues del otorgamiento, para poder presumirse la continuacion del furor,y los actos no equiuocos, ni indiferentes, sino conducibles al fin de la priuaciõde la capacidad,repetidos, y sucessiuos, y no volubles, ni mezclados,y talesq̃denotã auer estado grauado totalmẽte,y enagenado de juizio( que es lo que es menester para no poder hazer testamento.)

553 Y por esso es conclusion legal, que el que padece enfermedad de frenesi(que es lesion del celebro)no puede testar, vt in cap. fin. de succesionibus abintestato, ibi: *Quia verò pars Episcopi asserebat se vellè probare,quòd dictus Archiepiscopus in extremis laborans,tanquam phreneticus alienatus erat mente,vnde non valuit,quod expressit*,y lo reconocio Menochio en el consejo 683.num.10.vol.7.

554 Y aunque despues en el nu. 12.quiere distinguir entre el frenesi perfecto,y el imperfecto,afirmaque quando es perfecto,impide la facultad de testar,porque quita el vso de la razon,y causa priuaciõ de los sentidos,y refiere a Rodrigo Suar. dict. alle-

alleg. 1. num. 8. & 19. vbi cum authoritat. Auicenæ scribit, *in vera phrenesi semper ad esse mentis alienationem*.

555 Ac per consequens, auiendole padecido el señor Conde Duque, como està prouado por el señor Marques, y lo concluyen los testigos de la otra parte, no ay que dudar en la nulidad del poder para testar, q̃ se supone auer otorgado en aquel intermedio de tiempo que huuo desde las siete a las once.)

556 Desembaraçados de las conclusiones que por si pondera el señor Duque, llega en el num. 327. a dezir, que lo que el Doctor Cipriano de Maroja depone, memor. n. 715. (cerca de que el señor Conde Duque quiso firmar vn papel en blanco para ver si podia firmar el poder para testar, y para esto le tomò la pluma de la mano sin tinta, y començò a escriuir en blanco, y aduirtiendole, que no la tenia, ni señalaua, con todo prosiguio) es singular, y no tiene quien conteste con el, antes quien le contradiga, como es Ana Gomez, vna de los testigos de la informacion sumaria, q̃ el señor Duque hizo en esta Corte mem. nu. 365. que dize començò a firmar, y hizo vn rasgo, y luego dixo este rasgo no està bien formado. Porque se desvanece.

557 Con solo la aduertẽcia, de que los Abogados del señor Duque reconocen, num. 317. que para prouar el furor in genere, bastan testigos singulares, y aqui no se pondera esta circustancia por si sola para calificar la priuacion del juizio del señor Conde, sino para mostrar, q̃ en el mismo tiempo de testar, se cõtinuaua el frenesi, que padecia, en que bastan actos singulares, y raçones que persuadan a los testigos a tener essa inteligencia.

558 Fuera de que no es singular en esto el Doctor Maroja, porq̃ ay algunos testigos de la parte del señor Duque, que califican su deposicion, como son don Bartolome del Castillo, mem. num. 327. y don Ioseph de Isunça, mem. num. 342. y Bernardino de Benauides, mem. num. 354. que deponen, que el señor Conde pidio la pluma a D. Bartolome para firmar, y que no lo pudo hazer.

559 Y solo no tiene quien cõteste con su deposicion, la dicha Ana Gomez en la circunstancia que añade del rasgo que començò à hazer el señor Conde, y lo que dixo quando no le pudo acabar; porque ninguno de los testigos que deponen del mismo acto, de auer querido firmar, lo concluye, ni aduierte; siendo circunstancia, que si huuiera sido cierta, no era para no aduertida; y assi, siendo en esto singular, y criada del señor Conde, legataria, y que oy viue a expensas del señor Duque, no se le puede dar credito alguno.

560 Y esta congetura no se pondera aora, por defecto de solẽnidad, sino por demostracion del estado en que estaua el señor Conde, quando dizen que otorgò el poder para testar.

561 Y aunque en el nu. 331. dizen que el firmar, ò no el testador no es argumento de furor, ni de juizio: porque puede dexar de hazerse, por

por nō poder, nō es dudable; perō auiendo facultad, y posibilidad (como aqui la tuuo el señor Conde, por no faltarle fuerças para hazerlo) es preciso reconocer que el dexar de firmar fue por faltarle el juizio, y lo sensitiuo del, como lo dio a entēder en auer intentado firmar en seco vn papel blanco, quando le dieron la pluma, para que firmasse, de que no desistio, aunque le aduirtieron que no tenia tinta.

562 Y los autores de que se valen para dar à entender lo contrario, no lo concluyen.

563 Porque Caldas Pereyra dicto cons. 24. num. 19. solo dize, que como al frenetico le puede suceder hablar algunas palabras que parezcan de seso, estando con el frenesi, y no por esso seria tenido por cuerdo, de la misma suerte si firmasse, ò subscriuiesse la escritura, no debria juzgarse por accion de juizio, si le faltasse: porque podria ser vn acaso el auer firmado.

564 Y la Rota decis. 107. 2. p. diuers. num. 20. solo dize, que el escriuir no es accion del entendimiēto, sino del sentido, y con dezir que toca a èl esta accion, se da a entēder que al que le faltare la sensitiua, no le sera posible el firmar; segun lo qual no admite duda que el auerlo dexado de hazer el señor Conde, fue por falta de juizio, y no por otra causa.

565 Y la decision 56. de Sesse, que para este intento se pondera manifiesta mas nuestro concepto: porque si en ella por la superueniēcia del furor, no pudo firmar el testador? Luego se lo impidio el frenesi? Y tocò à la parte del sentido la operacion del firmar.

566 Y el auer en aquel caso declaradose por valido el testamento (aunque el testador no pudo firmar por el furor) no conuence nada cōtra nuestro intento.

567 Porque alli sobreuino el furor quando estaua otorgado el testamento, y nombrado el heredero, y hechò todo lo que tocaua hazer al testador, y solo faltaua el firmar, y suplieron los testigos con sus firmas lo que a èl le faltò. Secus, en nuestro caso: porque quando el señor Conde dizen otorgò el poder, fue estando fuera de juizio, antes, y despues, y en el mismo acto de inducirle à firmar, y no hizo acciō alguna que no fuesse de hōbre a quien le faltaua la capacidad.

568 Y es digno de reparar, que aunque Sesse dize que la sentencia salio en fauor del testamento vltimo (con no auerle podido firmar el testador) sin embargo refiere, que vno de los juezes fue de contrario parecer, y le juzgò por nulo (por auer tenido por bastante prueua del furor, auerle padecido dos dias antes, y sobreuenido despues del otorgamiento del testamento) y por valido el primero, & testatur: *Quod eius opinio satis probabilis videtur ex supra dictis coniecturis furoris*, de manera, que esta decision de Sesse mas es en fauor del señor Marques que del señor Duque.

569 Y las palabras *Yo. Yo.* que dixo el señor Conde, que ponderamos in prima num. 109. descubren mas su falta de capacidad; porque de su inordinacion se conoce, que

no

nõ estauã el señor Conde en si, ni podia explicar lo que queria pronũciar, argumento claro de su demencia, c. 1. §. si vero, de Clerico ægrotante, lib. 6. ibi: *Et quid velit, aut nolit exprimere nesciat*, de quo plura per Farin. verbo furor, n. 243.

570 Y no se desvanece esta congetura, con dezir, que fueron dichas despues de auer otorgado el poder antes de intentarle firmar; porque la decision referida de Sesse con que lo quieren calificar, tiene la respuesta que se acaba de dar.

571 En el num. 334. no les haze fuerça auerse estado el señor Cõde riyendose con todos la mañana del Miercoles, que suponen auer dado tregua el mal, y lo quieren atribuir a valor christiano (como dizen auerlo sido el que tuuo el Doctor Patauino, quando en su testamento mandò que le lleuassen a enterrar con grande alegria, y con instrumentos musicos, y vestiduras de colores (de quien refiere Romano in l. 1. in principio, numer. 19. ff. de verbor. obligat.) no deuerse tener su disposicion por demente por auerlo hecho por la seguridad que tenia de que iba a gozar de mejor vida) y no a la falta de juizio que padecia, riyendose de lo que deuia temer, por el riesgo en que se hallaua, siendo assi, que no temer lo que es digno de causar pauor, es indicio vehemente de delirio, vt considerat Farinacio vbi supra, num. 259.

572 Y el mismo Farinacio, auiendo referido en el numer. 251. este propio caso del testamento del Doctor Patauino, siente con Menochio lib. 6. dict. præsumpt. 45. n. 43. ser mas cierta la opinion de Paulo de Castro in l. quidam in suo, num. 3. ff. de cõditionibus institut. de que semejante disposicion fue de furioso.

573 Y si en la ley quidam in suo, ff. de condit. institut. por solo auer vn testador mandado a su heredero que despues de muerto echasse su cuerpo en la mar, y no le enterrasse, dixo el Iurisconsulto Modestino: *Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset?* Con quanta mas razon? Si viera las circunstancias deste caso, dudara del juizio del señor Conde Duque, y reconociera que no le auia tenido, quando dizen auer otorgado el poder para testar?

574 A la congetura que por nuestra parte se hizo in prima, num. 185. y en esta ex num. 198. de que fue indicio de furor, auer el señor Conde Duque en el poder para testar instituido a su muger por heredera, y no acordadose de su hijo, ni sus descendientes, ni del mayorazgo que en ellos tenia hecho; trata el señor Duque de responder, ex num. 341. vsque ad num. 370. con dezir, que todo esto lo dexò preuenido el señor Conde en el poder que dio a la señora Condesa su muger, en que la instituyò por heredera, y que ella como comissaria hizo el testamento, de quo mem. num. 118. ratificãdo qualquier mayorazgo que el señor Conde tuuiesse hecho en qualquier testamento, ò codicilo antes que el otorgado en Toro, que le fundò de la ciudad de San Lucar la Mayor, y de mas villas, y bienes expres-

ſados en el mayorazgo del año de 642. llamando en primer lugar a dõ Enrique Felipez de Guzman, hijo del ſeñor Conde, y a ſus deſcendientes, y que juzgandoſe el poder, y el teſtamento que la ſeñora Condeſa hizo por vno miſmo, y como diſpoſicion del ſeñor Conde, ceſſa el concepto que ſobre ella ſe halla fundado.

575 Sed hæc obiectio facilimè eliditur, atendiendo a la ley 31. de Toro, por la qual ſe permite al Comiſſario poder ſolo nombrar por heredero al miſmo que el teſtador nombrare, y diſponer, y executar las demas coſas, para que le dio el poder, y no mas, y ſegun ella, y en fuerça del dicho poder, no pudo la ſeñora Condeſa hazer mas que mãdas, y legados, y lo que miraſſe al funeral, y cumplimiento del alma, y inſtituirſe por heredera aſsimiſma.

576 Vnde, todo lo hecho en el teſtamento, como comiſſaria que huuiere ſido, conforme al poder, ſe deue tener por vna diſpoſicion, y todo lo que no ſe conformare, ò fuere exceſſo del poder, y no proueido por el teſtador, por eſtraño, vt agnoſcit Tello Hernandez in l. 34. Tauri, num. 3. ibi: *Cum commiſsio ſolùm ſit in id quòd teſtator non prouiſit.*

577 Y de aqui infiere el miſmo Tello Hernandez ibidem, que ſi el comiſſario pudiera diſponer diferẽtemente de lo que el teſtador le cometio en el poder (demas de q̃ fuera exceſſo del mandato) ſe pudiera dezir que moria con dos teſtamentos, vno el de la diſpoſicion eſpecial dada en el poder, y otro la nueua hecha por el comiſſario en el teſtamẽto, lo qual no ſe permite, ſino es que aya voluntad expreſſa del teſtador, vt in l. ſi quis priore 29. ff. ad Trebelianum, ibi: *Propter inſerta fideicommiſſaria verba, quibus, vt valeret prius teſtamentum expreſſum eſt.*

578 Y en eſte caſo no pudiera ſer menos: porque en el poder nõbrò por heredera a la ſeñora Condeſa, y ella en el teſtamento que hizo como comiſſaria, nombrò a don Enrique, y en quanto a la inſtituciõ de heredero, no puede auer dos teſtamentos, con que no puede ſer poſsible que ambas diſpoſiciones ſe tengã por vna, ſino por diuerſas.

579 Ac per conſequens, no ſe puede pretender que el teſtamento que hizo la ſeñora Condeſa, como comiſſaria, cumplio con la menciõ del hijo, y con la fundacion del mayorazgo: porque el fundarle no fue como diſpoſicion del ſeñor Conde, ſino como de la ſeñora Condeſa, y como ſu heredera, ſegun lo dio a entender en la clauſula del dicho teſtamento, mem. num. 133. ibi: *Y que lo que para ſu valor faltare al derecho de comiſſaria, le ſupla el derecho de heredera, de que para ſu valor mayor me valgo, y aſsi lo otorgo.*

580 Ex quo naſcitur, que todas las concluſiones que ſe alegan, ex n. 348. de que lo que el comiſſario obra, no ſe atribuye a el, ſino al que le dexò el poder, no conuienen con eſte caſo.

581 Porque proceden quando el acto que el comiſſario haze, es el miſmo que el teſtador le cometio; pero quando es diferente, y no cabe dentro de la permiſsion, y facultad que le dexò, y le obra como accion pro-

propia suyā, disponiendo, cōmo de bienes propios, y no como del testador (de quien primero fueron) se juzga el acto, como obrado por el, ni se atribuye a la persona que le dexò los bienes, ita distinguit Pedro Surdo cons.29.nu.18,vol.1.donde respondiendo a lo que auia dicho en el n.3.y 4.(que es donde se valē del los Abogados del señor Duque) dize q̄ quādo el que dispone vsa de los bienes a su voluntad, quien los recibe de su mano, no los adquiere como venidos de la del testador (q̄ los dexò al que se los dio a el) sino como adquiridos inmediatamente de la vltima que se los dio.

582 Y pondera para esto la ley 1.§. *hi quibus*, vers. *Sciendum* ff. de legat.3.ibi: *Sciendum est autem, eorum fideicommiti posse, ad quos, aliquid per venturum est morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis non ad dimitur* dōde se tuuo por vno mismo, dexar los bienes,ò poderlos no dexar, ò quitar (que es lo que aqui sucedio) porque la señora Condesa, siendo heredera del señor Conde, pudo hazer de la herencia lo q̄ quisiesse, y dexarsela a don Enrique, ò no dexarsela, y estando en su mano la disposicion, y llegado à hazerla, como la hizo,no se pudo juzgar por disposicion del señor Conde, sino por de la señora Condesa.

583 Y assi es fuera de camino, querer con vna accion, y disposiciō agena (como fue la de la señora Cōdesa) sobresanar la falta de juizio, que tuuo el señor Conde, en auerse oluidado de su hijo,y dexado su hazienda a vn estraño (como lo es la muger, aunque sea propia) como lo cōsiderò en terminos della la decision 143.de Matheo de Afflictis num.4.vers. *Quinto*, que aunque en la primera se refirieron sus palabras, se bueluen a repetir aqui, porq̄ son muy conducibles, ibi: *Quinto illud testamentum fuit factum illo tempore, quo testator grauatus infirmitate, nō erat in recto sensu,vt deponebant certi testes, licet quidam alij testes deponebant contrarium, tamen quia dictum testamentum erat indiscrete cōditum, quia in eo instituit vxorē suā iuuenem hæredem, & fratres carnales non instituit hæredes,& certa verba indiscreta continentur in dicto asserto testamento, quod attenta qualitate dicti testatoris, qui fuit vir prudens, & commissarius Regius, quod ex his multi præsumpserunt dicere, quod dictus testator, tunc non fuit in recto sensu.*

584 Y el Senado de Napoles tuuo por tan vrgente esta presuncion,que declarò por nulo el testamento,con no ser el caso tan apretado como este:porque en el(de los que se oluidò el testador)fuerō hermanos,y aqui vn hijo (que aunque no fuesse legitimo)era legitimado, y no tenia otro.

585 Y en el caso de Sesse dicta decis.56.num.19.tambien fue hijo no legitimo (del q̄ se oluidò el testador) y se tuuo por presuncion de furor auerle dexado de instituir.

586 Valense en el num. 351. de la declaracion de la señora Condesa en la parte que dixo,que el testamento que hizo, como comissaria,fue conforme a la voluntad expressa del señor Conde,segun lo que tantas vezes tenia comunicado con

ella,

ella,y para esto pondera la ley Theopompus,ff.de dote prælegata, donde se da credito a la persona a quien el testador manifestò su voluntad.

587 Y para que puediera obrar algun efecto,era menester que el poder para testar,en que se hizo la relacion,huuiera sido cierto, y la declaracion de la señora Condesa hecha debaxo de juramento, y concurrieran otras congeturas que la hizieran verisimil.

588 Pero dudandose del valor del poder,y no auiendo sido jurada, y no concurriendo ningunas presunciones que la coadjuuen, antes vna que totalmente debilita su existencia(como es la que resulta de lo que la misma señora Condesa dixo en su codicilo,que si huuiera tenido noticia del testamento, no huuiera hecho disposicion alguna contraria a el)no se deue hazer caso desta declaracion,ita Cardinalis Mantica de coniecturis lib.3.tit.1.num.16. ibi: *Sed tamen ei credendum non est, nisi iurauerit,eam fuisse testatoris voluntatem, quoniam loquitur tanquam testis, & quidem ex verbis testatoris constare debet, quòd testator ei commisserit declarationem suæ voluntatis,hoc amplius talis declaratio volũtatis,ex probabilibus etiam coniecturis debet confirmari.*

589 Y faltando todo esto aqui, en vano se quiere insistir en que se tenga por voluntad del señor Conde la que se procura inducir del testamento del año de 645. expressada por la señora Condesa, quando consta de su mismo codicilo, que a auer sabido la disposicion del señor Conde,no huuiera hecho otra alguna demostracion euidente de que el señor Conde nunca dio facultad a la señora Condesa para reuocar el testamento de 642.ni comunicò cõ ella su reuocacion,y que en ambos faltò la voluntad de reuocarle.

590 A la congetura que se induce contra la falta del juizio que el señor Conde tuuo quando suponen auer otorgado el poder para testar, (de no auer Bernardino de Benauides certificado que el señor Conde estaua en su entero, y sano juizio, de que hablamos in prima,num.86. cum sequentibus) responden en su papel,ex num.371.hasta el n. 383. que no es de consideracion que falte esta assercion: porque quando la huuiera, no era de momento para calificar el juizio del testador, si realmente no le huuiera tenido; pero se excluye facilmente.

591 Con estar prouado (como lo està) que el señor Conde estaua sin juizio quando otorgò el poder para testar, y a no ser assi, no se hiziera mucho empeño en ponderar la falta de fee, que omitio el escriuano de poner (de que el testador estaua en su entero juizio) pero estãdo fuera del, es muy para atender la omision (ò por mejor dezir cautela) en no auerlo certificado,porque el auerlo dexado de hazer, seria porque no se le imputasse a delito, auer certificado,que estaua en el, si despues se prouara que estaua fuera del (que es lo q̃ con Alexandro, y otros ponderò Farinacio verbo *furor*,nu. 278.)para no auer de dar credito al Notario, que afirma que el testador estaua en su juizio, por tratar de su releuaciõ, y acreditar su propio hecho.

592 Y aunque es verdad, que a la atestacion del escriuano, no se suele dar mucho credito, quando consta lo contrario, pero con todo se deue atender a si la ay, ò si falta; porque como es obligacion de su oficio inquirir si el testador està en su entero juizio para testar, ò priuado, ò enagenado del para no testar, ex Angelo in l. penultima, ff. de cõditionibus instit. Cino in d. l. seniũ, citados supra nu. 251. el dia que no haze esta diligencia, reduce a sospechoso el otorgamiento, como le califica quando afirma que estaua en su entero juizio, ita considerat Christophorus Marcius examinat. 9. ex num. 26. vsque ad num. 31.

593 Y en fauor desta sospecha asiste aqui la costumbre que està prouada, de que Bernardino de Benauides en los testamentos que passauan ante el, ponia siempre la certificacion de que el testador estaua en su entero juizio, y estando este poder otorgado cõ diferente estilo, basta para juzgarle por sospechoso de falso, capit. causam, quæ & ibi glossa verbo *Rationi*, de testibus, vbi Abbas num. 1. Menochio lib. 5. præsumpt. 20. num. 17. & facit Socinus Iunior cons. penultimo n. 56. lib. 2. que refiere, y sigue el señor don Iuan Baptista de Larrea allegat. Fiscali 96. num. 27. donde se arguyò de falso vn testamento, porque en la subscripcion del escriuano, q̃ se llamaua Hieronimo, y firmauà siempre con H. le faltò esta letra en la subscripcion.

594 Pretenden en el nu. 381. suplir el defecto, ù omision del escriuano, con dezir, que si el huuiera querido dar color al acto, y tenido algũ fin le pudiera ser facil auer certificado, que el señor Conde estaua en su entero juizio, y de no auerlo afirmado, resulta su buena fè, y credito, ex Menochio lib. 4. præsumpt. 8. n. 41. vers. *Aliàs*. Sed cõuincitur.

595 Con que esta presuncion, ò congetura se retuerce contra el escriuano: porque siendo costumbre suya assentar en todos los testamentos que hazia, la assercion (de que el que disponia estaua en su entero juizio) y faltado de ponerla en este poder, arguye contra el sospecha muy concluyente, tal, que le detrae de su credito, como lo nota Menochio lib. 4. præsumpt. 8. num. 41. donde dize, que se haze sospechoso el escriuano que omite en el testamento, lo que es de su solemnidad.

596 Y el deponer despues como testigo lo que no certificò como escriuano (que ponderan en el nu. 382.) no excluye la sospecha, antes la aumenta mas: porque se presume que lo haze, para dar valor al testamento en que se halla interessado, que le tenga; quo casu, se vicia su deposicion, como de persona que viene a ser parte en la causa, vt notat Philipus Corneus cons. 304. num. 6. vol. 1. vers. *Et est aduertendum*, a quien refiere Menochio ibidẽ dicto num. 41. diziendo, que procede la opinion de Corneo, *quo ad hoc, vt non adhibeatur fides Notario qui deponit, vt testamentum sustineatur, quod sustineri alioqui non potest, defectu solemnitatum*, Franciscus Niger Ciriaco contr. 334. n. 27. vbi dicit: *Nec ei quoque crederetur, si exa-*

*minatus diceret, illum fuisse sanæ mẽtis; quia tunc agitur de eius opprobrio. Paris. cons. 87. num. 43. vol. 3.*

597 Y las palabras que despues pone Menochio, ibi: *Aliàs non reddit notarius se suspectum* (que son las que en contrario se citan) miran solo a dezir, que aunque el escriuano se haga sospechoso en quanto a la omission que tuuo en dexar de poner en el testamento lo que miraua à la solemnidad; pero no en quanto à auer interrogado al testador.

598 Y si bien añade, que se excluye la sospecha, con que si el escriuano quisiera dar gusto al heredero nombrado, antes añadiera que omitiera solemnidades, con todo reconoce que queda pendiente de la estimacion, y arbitrio de los señores juezes, atender a la calidad, y legalidad del escriuano, y del empeño q̃ tuuiere en la causa para considerar si fue arte, y cautela suya, y del heredero el auer, ò no omitido lo que pudiera ser necessario para calificaciõ del testamento.

599 Y aqui viene bien la conclusion que alegan en el num. 382. de don Iuan del Castillo lib. 4. controuers. cap. 23. num. 5. (de que no ay presuncion alguna que no se vẽça con prouança contraria) porque auiendo la que el señor Marques tiene contra la persona de Bernardino de Benauides de lo grangeado que le tuuo la parte de la señora Cõdesa, no ay que atender a consideracion alguna que conduzga en credito suyo.

600 Y es de poco momento lo que sin necessidad dizen en el num. 383. (scilicèt) que lo que depone como testigõ tiene mas fuerça, por la que le da el juramento, y fuera falsedad, si debaxo del no dixera la verdad, y aunque no la dixera en el testamento, como escriuano, no lo fuera, ex traditis a Farinacio de falsitate, quæst. 154. part. 6. num. 112. Porque se excluye.

601 Con lo que queda dicho, y con lo que afirman Pedro Surdo dicto cons. 89. num. 44. & 45. scilicet: *Quòd cum agatur de honore, & vituperio eiusdem notarij, dicitur attestatio in facto proprio, vnde ei non creditur.*

602 Y Rodrigo Suarez dicta allegat. 1. num. 15. que habla en escriuano ante quien passò el testamẽto, que le presentò el heredero, por testigo, dize que no haze fè en quãto pretende legalizar el testamento, que el mismo hizo.

603 Y asi para no ser creido Bernardino de Benauides, no ha menester que aya depuesto falso, sino considerarle como interessado, y de qualquiera manera que se considere su afirmacion, aurà faltado en ella a la legalidad de su oficio.

604 Y Farinacio en el lugar citado dict. num. 112. no afirma lo que del se alega, y solo refiere a Bosio tit. de falsis num. 101. donde propone la question, y la resuelue con la doctrina de Baldo in l. ex his verbis, C. de testamento militis, num. 3. vbi dixit: *Quod licet falsum diceret, non punitur falsi, quia loquitur vt priuata, non vt iurata persona.*

605 Y no se contenta con ella, y refiere otra de Baldo in l. vnica, C. de confessis, num. 19. circa finem, donde hablando en propios termi-

nes

nos (de escriuano que afirmò en el testamēto que el testador estaua en su sano juizio, no lo estando) suponiendole por culpado, anda buscādo modos con que releuarle, y dize que solo puede defenderse, con que estando oculto el furor al tiempo del testamento, no pudo conocerlo el escriuano, ibi: *Nansi notarius dicit, talis sanus mente corrumpere fecit tale testamentum, & ille erat, tunc occultus furiosus, vel erat firmus in interioribus, puta in intestinis, & sic nullum eorum erat visibile, tabellio excusatur, quia nemo mētitur, nisi mentiatur animus.*

606 Palabras muy ajustadas para nuestro intento, y eficacer, ò para conuencer la culpa de Bernardino de Benauides, ò para disculparle, y hazer menor su excesso, pero no para darle credito: porque en las acciones que vio en el señor Cōde (quando le induxo à hazer el poder para testar) pudo conocer, que no estaua el juizio para accion (que tanto requeria tenerle) y si entonces afirmara que estaua con sanidad del, no depusiera lo cierto, y cometiera falsedad, saluo si prouara, que el señor Conde tenia alguna mejoria, y que estaua el furor aparentemente disimulado, aunque la causa del estuuiesse siempre viua; porque pudiera tener alguna disculpa que no le assiste: auiendo visto tan patentemente las demostraciones del delirio del señor Conde, y la priuacion del sentido, y las demas circūstancias que concurrieron, y estan probadas, que excluyen todo concepto contrario.

607 Desde el num. 384. hasta el 396. intentan responder a la congetura que se induce de la afectacion, y cuidado que la señora Condesa puso en que se hiziesse la informacion sumaria de Toro, para tener prendados los testigos, por el recelo que tenia de que siempre se auia de impugnar el poder para testar q̄ el año de 645.) suponen auerle dexado el señor Conde, y el que despues puso en recogerla, y ocultarla.

608 A que podiamos dexar de responder, por hallarse anticipadamente preuenidas (en nuestra primera informacion, ex num. 151. vsque ad num. 158.) todas las respuestas que excluyen el valor de la dicha informacion, y pudieramos contentarnos con el consejo 98. de Bartolome Socino, n. 15. vol. 3. cuyas palabras referimos in prima, num. 157. y duplicamos en esta, nu.

Porque de lo que en el se pondera, se califica el poco, ò ningun credito que se le deue dar a la informacion, y es fundamento tan solido, que no se halla auerle dado satisfacion alguna los Abogados del señor Duque en su inforfacion.

609 Y solo se contentan con dezir, que el derecho aconseja (por la l. in lege Aquilia 40. ff. ad legem Aquil. y por el capitulo quoniā frequēter, vt lite non contestata, y por el capitulo significauit 41. de testibus) que antes que puedan faltar los testigos, se preualga el que teme q̄ le han de poner algun pleito de que se reciban sus deposiciones judicialmēte para en guarda de su derecho, & non facit ad rem.

Por-

610 Porque si se mirā al pedimiento que la señora Condesa hizo en Toro ante la justicia, de quo memorial num. 319. no se hallarà, que se propusiesse raçon alguna de las q̄ se juzgan por necessarias para recibir semejantes testigos; porque ni dixo que se recibiessen ad perpetuā rei memoriam, ni que se tratauan de ir, ni que se podian morir, y faltarle la prueba, quando necessitasse della (que son los casos en que los textos referidos permiten poderse recibir testigos sin citacion de parte, prout testatur Farinacio de testibus en la quæst. 76. p. 2. ex n. 63.) y no auiendo mouido à hazerla ninguna destas raçones, se ha de presumir auerse hecho por empeñar a los testigos segun la consideracion de Bartolome Socino.

611 Fuera de que hallandose la señora Condesa posseedora de los bienes que el señor Conde dexaua, y con vn testamento (segun su concepto) claro, y sin temor de que nadie le pudiesse poner pleito, no solo no pudo pedir que se recibiessen los testigos (aunque fuessen ad perpetuam rei memoriam, como lo notò Baldo in dict. cap. significauit nu. 7. de testibus, & in Authētica sed hæc si quis, col. 2. in fin. num. 5. vers. *Sed hic dubitatur*, C. de testibus, Farin. vbi supra num. 71.) sino mucho menos, no auiendolo propuesto al juez con esse fin, y assi siempre se ha de presumir auerlo hecho cō èl de empeñar a los testigos.

612 Y aunque a cada vno le es licito vsar de cautelas, no procede este arbitrio quando son desvsadas, y en materia sospechosa (como en este caso) porq̄ue entōnces la demasiada cautela arguye sospecha. Tiberio Deciano cons. 32. num. 65. lib. 3. Augustin. Beroyo cons. 59. n. 14. lib. 1. Decio in l. quæ dubitationis, num. 3. ff. de regulis iuris, vbi Cagnolus, num. 5. Menochio cons. 109. nu. 35. vol. 2. Cardinalis Tuschus littera A. conclus. 67. n. 43.

613 Y lo que en el num. 387. llaman cuerdo recelo, que dizē auer obligado a la señora Cōdesa à auer hecho la informacion (que fue auer sabido que luego que dio la quenta a su Magestad de la indisposiciō del señor Conde Duque) hizo el señor don Luis Mendez de Haro vna junta, para aueriguar los derechos que a la herencia tenia. Se desvanece.

614 Aduirtiendo, que el correo que se despachò en Toro con el auiso a su Magestad, partio tres, ò quatro dias despues de la enfermedad del señor Conde Duque, y passò à Zaragoça donde estaua su Magestad, sin dar quenta en esta Corte del que lleuaua, y el señor don Luis estaua en ella, y no hizo, ni pudo hazer junta hasta despues de venida la nueua de Zaragoça, con que no pudo tener la señora Condesa tiempo para saber el Domingo siguiente al Sabado en que murio el señor Conde, se huuiesse hecho la junta.

915 Y por la misma razon se conuence auer reconocido la señora Condesa la falta de capacidad del señor Conde, pues aunq̄ fuera possible auer tenido noticia de la junta, no auia ninguna causa para hazer la informacion, teniendo por si vn instrumento, a que por su parte se da nombre de llano, sino fuera con el

fin

fin de prendar tantos testigos como juraron, para que se hallassen siempre con necessidad, y empeño de ratificarse en lo que tenian depuesto con juramento, y reparar con ello el daño que se podia seguir, si sin el se quisieran presentar por el señor Marques.

616 Y esta es la causa de no ser mayor el numero de sus testigos, consideracion que deue mouer mucho al Consejo, para no atender al superior de la otra parte, por las tachas, y demas defectos que quedan ponderados contra ellos.

617 A la mas fuerte congetura, (ò por mejor dezir, euidencia) que por si tiene el señor Marques de Leganes, para eneruar totalmente la fuerça del afferto poder para testar, (que es la certeza que la señora Cōdesa tuuo, de que fue inualido, y nulo, como lo reconocio por la clausula del codicilo cerrado que otorgò en 7. de Setiembre del año de 647. mem. num. 144. de que hablamos en nuestra primera informacion, ex num. 203. vsque ad num. 244.) procuran responder los Abogados del señor Duque, ex num. 397. vsque ad num. 414.

618 Pero no lo consiguen: porque son vnas sofisterias imaginarias, las que dizen, que no pueden turbar la verdad con que la señora Condesa apretada del escrupulo de su conciencia, manifestò el testamento del año de 642. (arrepentida de auerle retenido solo a fin de hazer aparente el poder para testar) que formarō para desvanecer cō el el mayorazgo que el señor Conde auia fundado de su casa (de que solo podia ser vsufructuaria por sus dias, si se manifestara el del año de 642.)

619 Y solo las palabras desta clausula pueden seruir de respuesta a todo lo que sin fundamento se dize por el señor Duque contra ella.

620 Porque consistiendo la duda deste pleito, en qual de los dos testamentos ha de preualecer, si el de 642. ò el de 645. como puede auerla? Quando la misma interessada, y parte principal en el valor del de 645. Declara en este codicilo, que su voluntad es, que se guarde, cumpla, y execute en todo la del señor Conde su marido, y como quiere el señor Duque, deribando su derecho de la disposicion de la señora Condesa impugnarla? Estando como sucessor suyo obligado a guardarla, ex l. cum a matre, C. de rei vindicat. l. si ab eo, C. de liberali causa, donde la libertad dexada por el testador al esclauo, no la puede impugnar el heredero (aunq̄ fuesse invalida) por estar obligado a passar por ella en fuerça de auer sido su heredero, ibi: *Frustra libertatis cōtrouersiam sustines, maximè ab hærede eius, qui te manumisit, cū & s. iure libertas non processerit, respectu tamen aditæ hæreditatis voluntatem defuncti suo cōsensu firmare debuit, vt notat Menochius* consf. 89. nu. 39. l. 24. tit. 13. p. 5. & ibi Gregorius.

621 Y desta clausula resultan dos ilaciones, que asseguran la pretensiō del señor Marques, y excluyen la del señor Duque.

622 La primera, que auiendo sido la voluntad de la señora Condesa, que se obserue la del señor Cōde su marido, expressada en el tes-

tamento del año de 642. querer suceder el señor Duque en virtud del testamento hecho por la señora Cōdesa el año de 645. seria entrar contra su voluntad: siendo asi, que cō ser cosa tan piadosa la libertad, se juzga por impio; que el heredero la dè al esclauo a quien el testador prohibio se le diesse, vt in l. contra voluntatem, C. de testamentaria manumissione, ibi: *Contra voluntatem matris tuæ libertatem in eum cōferre, quem illa liberum fieri prohibuit, non debes, ne videaris iura pietatis violare.*

623 La segunda, que es dezir aora, que si huuiera tenido noticia la señora Condesa del dicho testamento, no huuiera hecho disposicion alguna contraria a el, descubre con notoriedad no auer comunicado el señor Conde con la señora Condesa la reuocacion del dicho mayorazgo; porque si se la huuiera comunicado, no se pudiera compadecer, dezir aora, q̄ si huuiera tenido noticia del dicho testamento, no huuiera hecho otro: y hallandose otorgado el vltimo debaxo de presupuesto, de que no le auia, es preciso, que quede desvanecido, y caduco, y por valido el primero. ex dict. l. finali, ff. de hæredibus instituendis, & l. 21. tit. 1. p. 6. vt diximus supra n. 340.

624 En el num. 402. ponderan no compadecerse el concepto que suponemos, tuuo la señora Condesa quando puso esta clausula (que fue dudar del valor del poder para testar) cō lo que ella misma estaua disponiendo en el codicilo que hazia, supuesto que al mismo tiempo estaua mandando en el se guardasse lo dispuesto en el testamento, que como comissaria del señor Conde auia hecho.

625 Y esta es mas cauilacion, que respuesta: porque si se mira al tenor de todo el codicilo, no solo se hallarà auer tenido la señora Cōdesa cōtraria inteligēcia, antes se verà mayor apoyo de la que consideramos: porque en la clausula referida, dize: *Que quando el testamento dispuesto por ella en nombre del señor Conde su marido, no valga por suyo, quiere que todo valga, como disposicion suya*, y segun estas palabras, como puede dexar de reconocer auer sido claro el temor que tuuo la señora Condesa de que el poder no auia sido valido: porque a creer que auia de valer, no necessitaua de andar repitiendo tantas vezes, que si la volūtad de su marido no pudiesse tener efecto, valiesse como voluntad propia suya, y siēdo clara la que tuuo, no admite la razon que se anda variando contra lo que dixo el texto in l. cum qui, §. pro parte, ff. de his quibus vt indignis, ibi: *Nec enim rationem iuris, ac possessionis varietatem inducere diuisionem voluntatis.*

626 Y lo mismo se percibe de otra clausula del mismo codicilo, mem. num. 137. donde haze mencion del papel cerrado que dexaua aparte, y añadio: *Que todo lo que dexaua declarado por voluntad del Cōde su señor, y como parte de su testamēto, se tuuiesse tambien por parte del suyo*, de manera que nunca estuuo firme en el valor del poder para testar: porque a estarlo, no auia paraque andar preuiniendo tantas vezes que

lo

lo que nõ pudiesse passar por voluntad de su marido, se tuuiesse por disposicion suya, ni para que andar buscando motiuos de lo que le obligò à poner la dicha clausula, quando no es menester mas que atender a la opinion de su concepto, ù del miedo, y escrupulo que tuuo, y no a la sustancia de si fue verdadero, ò imaginario, que es lo que considerò el texto in l. quia poterat 4. ff. ad Trebelianum, ibi: *Opinio enim, vel metus, vel color eius, qui noluit adire hæreditatẽ inspicitur, non substantia hæreditatis*, y da la razon mas abaxo el Iurisconsulto, ibi: *Cum variæ sint hominum voluntates.*

627 Y el motiuo que dizen en el num. 406. hasta el 411. auer tenido la señora Cõdesa, para auer puesto esta clausula en el codicilo, que fue pensar entonces (por no tener presente el testamento del año de 642.) si podia auer alguna circunstãcia en el que hizo (como comissaria del señor Conde) que diferenciasse en algo de la voluntad que tuuo en el de 1642. en orden a la sucesion del Marques de Mayrena: porque la señora Condesa no dixo que si huuiera tenido noticia del testamento que su marido auia hecho, no hiziera otro; sino que no huuiera hecho disposicion alguna cõtraria a el, por lo menos en cosa que pudiera ser en perjuizio del Marques de Mayrena, y assi el auer remitido al Consejo el testamento del año de 642. fue solo para que en el se hiziesse lo que mejor estuuiesse al Marques de Mayrena, y no para que se dexasse de passar por el de 645. con el pretexto incierto de auer sido nulo, por el defecto de juizio del señor Conde. Sed hoc facilimè corruit.

628 Esta inteligencia que los Abogados del señor Duque quieren dar a la clausula del codicilo, es cõtraria a la letra del, y podemos dezir lo que dixo Baldo in l. precibus, num. 37. C. de impuberum: *Quod propter nimiam subtilitatem sæpe erramus, quia testantis animum non videmus*, y teniendo aqui el interprete de lo que sintiò la señora Condesa, quando la puso (que es la declaracion del Padre Iuan Martinez de Ripalda) que dize lo hizo, por el escrupulo que tuuo de los achaques del poder para testar del año de 645 deuemos atender mas a la letra, que al sentido imaginario, è incierto (que es lo que considerò Tiberio Deciano consil. 10. num. 71. vol. 3. *Quia tacita ratio non debet considerari, sed verba spectanda*, Abb. cõs. 36. in fine lib. 1. Mantic. de coniect. vltim. lib. 6. tit. 14. y como dize Peregrin. de fideicommiss. art. 11. n. 2. & 3. *Cum verba sunt clara, textum habemus, nec indigemus glossa ad explicandam disponentis intentionem, neque dici potest, aliam fuisse testatoris mentem, quia determinata non indigent determinatione, & quælibet interpretatio cauillosa videtur*, Peralta in l. si quis in principio, de leg. 3. vbi probat à num. 146. *Quod quando non constat de volũtate, standum est proprietati verborum expressorum, & eorum vero, ac proprio significato, vt iacent, & voluntatis inuestigatio esset superuacanea, vtpote chimerica, & phantastica*, Aldroband. consil. 30. à num. 37. vbi post Bald. Alex. & Crauet. docet: *Quod*

*vo-*

*voluntas testatoris non attenditur, quando verba expressè repugnant, quia tunc dicitur quadam mens imaginaria cuius nulla habetur ratio.*

629 Y pues el sentido, que por parte del señor Marques se dà a esta clausula, es conforme a la letra de ella, y el que el señor Duque pretende acomodarle, consiste en imaginaciones, y presunciones extrinsecas, deue preferirse el nuestro al suyo, ex textu in l. 1. §. legi, ff. de his quæ in testamento delentur, ibi: *Legi autem, sic accipiendum est, non intelligi, sed occulis perspici, quæ scripta sunt, cæterum si extrinsecus intelligantur, non videntur legi posse*, y la glossa alli *verbo extrinsecus*, interpretando qual es este entendimiento, dize ser: *Quod intelligitur alicuius ingenio, vel subtilitate sua, non est ipsa littera, nec ex vi ipsius litteræ, sed ex his forte, quæ præcedunt, vel quæ sequuntur*, que es el que el señor Duque imagina no sacado de la letra, sino de su concepto, y por esso dixo Ciceron lib. 2. de inuentione: *Multo proprius accedere ad voluntatem scriptoris eum, qui ex ipsis litteris eam interpretatur, quam eum, qui sententiam scriptoris, non ex ipsius scripto spectet, sed domesticis præsumptionibus præsentetur.*

630 Y dezir que fue el intento ajustar lo que fuesse mas conforme a la vtilidad del Marques de Mairena, es oponerse tambien a la letra de la misma clausula; porque della se colige literalmente, que el auer remitido la señora Condesa al Consejo el testamento del año de 642. fue para que se viesse en el, si auia de valer este, ù el de Toro, por las dudas legitimas que podia auer, sobre el valor del vltimo: y assi no pudo ser por el fin que en contrario se considera, antes se colige euidentemente de las dichas palabras, auerse de aplicar solo la duda de la señora Condesa a la nulidad, y defecto del poder para testar del año de 645. por la falta de juizio, y capacidad del señor Conde.

631 Y se persuade mas viuamente por las palabras siguientes de la misma clausula, en la qual mādò la señora Condesa, *que el testamento del año de 642. se entregasse en el Consejo cerrado, y en la forma que estaua, para que con su autoridad se abriesse con la formalidad que fuesse necessaria, y se estuuiesse a el, conforme en todo lo que a derecho, pudiesse, y deuiesse valer.*

632 Demanera que no fue para ajustar la conueniencia de lo que mejor pudiesse estar al Marques de Mayrena, sino que en todo se estuuiesse a lo dispuesto en el dicho testamento de 642. expressando claramente su voluntad, de que aunque auia el poder, y testamento del año de 645. no valiesse, sino el de 642. y cobrasse nueua fuerça, caso que pudiesse auer perdido alguna con la apariencia de la disposicion posterior del año de 645. (que es lo que considerò el Iurisconsulto Papiniano in l. qui ex liberis 11. §. testamēto, ff. de bonorum possessione secundū tabullas, ibi: *Planè si sui iuris effectus, codicillis, aut alijs litteris eodem testamento se mori, vellè, declarauerit, voluntas quæ defecerat, iudicio recenti redijsse intelligetur, non secus, acsi quis alius testamentum fecisset,*

*set,*

*ſet,ac ſupremas tabullas incidiſſet, vt priores ſupremas relinqueret.*

633 Y lo miſmo hizo aqui la ſeñora Condeſa, diſponiendo que aunque el teſtamento del año de 642. parecia anterior, y el poder para teſtar del año de 645. vltimo (y por eſſo ſe pudieſſe entender eſtar derogado el primero) ſe tuuieſſe por valido, y poſterior el del año de 642. cobrando la fuerça que huuieſſe perdido en virtud de la nueua clauſula deſte codicilo.

634 Y ſi oy dieſſe el Conſejo la tenuta al ſeñor Duque de Medina de las Torres, coſa que no ſe puede eſperar, ſeria eſtar a la diſpoſiciõ del año de 645. contra el intento que la ſeñora Condeſa tuuo quando remitio al Conſejo el teſtamento del año de 642. para que eſtuuieſſe a el, y no al del año de 645.

635 No halla el ſeñor Duque que dezir, ſino que el que hizo, y fraguò eſta clauſula, fue el Padre Iuan Martinez de Ripalda, y ſiendo parte del codicilo otorgado por la ſeñora Condeſa, y no dudandoſe de que lo contenido en el aya procedido de ſu voluntad, fuera abſurdo querer que en parte fueſſe cierto, y en parte no contra la regla del texto in l. Nam abſurdum, ff. de bonis libertor. ibi: *Nam abſurdum videtur licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim euertere.*

636 Deſauciados de todo recurſo, apelan en el num. 412. al vltimo, que es dezir, que la ſeñora Condeſa no pudo por eſta clauſula alterar, ni reuocar el teſtamento, que como comiſſaria auia hecho en nombre del ſeñor Conde ſu marido, ni perjudicar al derecho adquirido al ſeñor Duque de Medina, en fuerça de lo diſpueſto en el, ex l. 35. Tauri. Sed reſpondetur.

637 Primò, que la ſeñora Condeſa por eſta clauſula no trato de reuocar el teſtamento del año de 645. ſino de declarar ſu propia voluntad, y ajuſtarla en todo a lo diſpueſto en el teſtamento del año de 642. lo qual no eſtà prohibido por la ley 35. de Toro, en la qual ſolo ſe quita reuocar lo diſpueſto; pero no el declarar mas, lo q̃ lo eſtuuieſſe, vt animaduertit Mieres de maiorat. 1. part. quæſt. 44. num. 114. donde dize, que las palabras de la ley de Toro, que prohiben la declaracion, ſe ha de entender de la diſpoſitiua, y no de la declaratiua, y que mirare ſolo à declarar mas lo que eſtuuiere diſpueſto.

638 Y en eſta miſma conformidad la entiende don Iuan del Caſtillo lib. 5. controuerſ. cap. 184. n. 2. contra la opinion de Matienço in l. 9. tit. 4. gloſ. 4. in finalibus verbis, lib. 5. Recopilationis, ibi *Attamen, quãuis ex lege ipſa declarationis etiam reſeruatio fieri non valeat, intelligenda erit, in reſeruatione declarationis diſpoſitiuæ, non verò declaratiuæ, ad eum modum quem Mieres expreſſit, & quæ nihil de nouo inducat, ſed iam factum aperiat, acque explicet.*

639 Secundò, que la ley 35. ſe deue entender quando el que tiene el poder para teſtar es ſolo comiſſario, ſecus tamen, quando es juntamente heredero, como lo fue en eſte caſo la ſeñora Condeſa: porque en-

tonces puede hazer como heredera, è interessada en los bienes, lo que juzgare ser mas vtil, y conforme a la voluntad del disponiēte, como aqui lo hizo la señora Condesa, declarando auer sido siempre su voluntad de conformarse con la del señor Conde su marido (que fue) de que se obseruasse el testamento del año de 642. en que no perjudicò al señor Duque de Medina; pues dexò la fundacion del mayorazgo, con los mismos llamamientos que el señor Cōde hizo en el testamento del año de 642. reconociendo que no pudo hazer como comissaria el mayorazgo que hizo, por no auerle dado poder el señor Conde para hazerle, vt tradunt Matienço in l. 5. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 5. num. 1. & ibidē Azeuedo, num. 25. & 26. Carpio lib. 2. cap. 17. num, 3.

640 Y si algun perjuizio causò, fue solo a si misma, renunciando el derecho que podia tener como heredera a los bienes del señor Conde su marido para que los goçassen los sucessores, por la disposicion del año de 642. y no por la que ella auia hecho, como comissaria.

641 A otra congetura no menos concluyente, que resulta de la renunciacion del vsufructo (que la señora Condesa hizo en don Gaspar Felipez de Guzmā, Marques de Mairena en 9. de Setiembre de 647. vn dia antes que muriesse) del mayorazgo del año de 628. de quo mem. num. 165. que le pertenecia a la señora Condesa, por todos los dias de su vida (en que se manifestò el mismo escrupulo que tenia del defecto del poder para testar; porque a tenerle por valido, no auia menester valerse de la fundacion del mayorazgo del año de 628.) procuran tambien responder ex numer. 416. vsque ad num. 425. y dizen que su animo no fue mas que solo dexar en possession de los estados al Marques de Mairena, antes que muriesse, ex traditis à Domin. Molina lib. 3. cap. 13. num. 59. y no dudar, ni tener escrupulo del poder, y testamento del año de 645. Sed excluditur.

642 Que por mas que se quiera adelgaçar el discurso, no se podrà hallar otra causa que pudiesse mouer a la señora Condesa, a renūciar el vsufructo del mayorazgo del año de 628. sino solo la de la duda del poder para testar del año de 645 como diximos in prima num. 229. porque si huuiera sido valido, por el fuera preciso auer quedado reuocada la fundacion del año de 628. y asi eo ipso, que vsò de la fundacion del mayorazgo del año de 628. renunciando el vsufructo que por el le pertenecia, fue visto reconocer la nulidad del dicho poder para testar, arg. text. in l. Clodius Clodianus 97. ff. de acquirenda hæreditate, donde vn mismo heredero, que estaua instituido en el primero testamento valido, y en el segundo invalido, que acetò la herencia en virtud del segūdo, juzgò el Iurisconsulto Papiniano, auer repudiado la herencia que le pertenecia por el primero, con solo auer vsado del segundo, vt pōderat Aimon Craueta cons. 809. num. 6. vol. 5. donde lleua: *Quod inducitur remissio ex contrarij vnius electione*, por no ser compatible la dis-

diſpoſicion anterior del año de 628. cõ el poder para teſtar poſterior del año de 645.

643 Y a lo que ſe dize de que el Marques de Mairena, no tomò la poſſeſsiõ del mayorazgo en fuerça de la renunciacion q̃ la ſeñora Condeſa le hizo, ſino como heredero ſuyo inſtituido en el teſtamento que ſu Excelencia hizo, eſtà ſatisfecho, ſupra num. 32. donde ſe dixo que la poſſeſsion la pidio en virtud de la renunciacion, y el poder que la ſeñora Cõdeſa dio al Marques de Taraçona, fue para q̃ la pidieſſe en virtud de la renunciacion, y aunque el la pidio por vno, y otro titulo, no preſentò el que miraua a la inſtitucion de heredero, ſino ſolo el de la renunciacion, y aſsi ſe ha de preſumir que la poſſeſsion ſe dio por ſolo aquel, y no por el otro, vt manet dictum.

644 A la vltima congetura, ò preſuncion que ſe pondera por el ſeñor Marques de Leganes, in prima num. 121. de la publica voz, y fama que auia en Toro, de que el ſeñor Conde Duque en toda la enfermedad, de que murio, eſtaua fuera de juizio. Reſponden ex num. 427. que aunq̃ ſuele ſer indicio ſuficiente, no eſtà prouado en eſte caſo, como ſe deue, y no inſiſtimos en moſtrar, quan exuberantemente lo eſtà, por no obligar a ello el eſtado del pleyto, y auer tanta prouança, como ay del delirio, y freneſi que padecio el ſeñor Conde todo el tiempo que eſtuuo malo, con que no es neceſſario andar buſcando congeturas.

645 Y las que en el num. 432. recopilan, y dizen aſsiſtir a la pretenſion del ſeñor Duque, ſe deſvanecen, en particular la primera de la preſuncion natural de la ſanidad del juizio del ſeñor Conde, con la prueba de la falta del, que eſtà verificada auer padecido, y con otra tambien natural (de que ſe preſume continuarſe el furor el dia que eſtà probado auerle padecido mientras no ſe prueba la recobracion del juizio) y tambien la ſegunda del valor del poder para teſtar, hecho ante eſcriuano fiel, y legal, con ſu vulneracion, y falta de de exiſtencia, y eſtar reducido a examen litigioſo la calificacion, ò duda de ſu legalidad. Y la tercera, y quarta de los interualos de mejoria, que el ſeñor Conde dizen tuuo el Martes por la tarde, y el Miercoles por la mañana, cõ que en ellos no dexò de continuarſe el freneſi, aunque eſtuuieſſe algo mitigado probados los eſtremos antecedentes, y ſubſiguientes (por los quales ſe preſume la continuacion en el intermedio) y la quinta de auer hablado, y obrado algunas coſas q̃ denotauan cordura, con otras que mezclaua, que deſcubrian la falta de capacidad, y dauan a entẽder, auer ſido accidentales, y contingentes (las que formaua el acaſo, y no el juizio) y la ſexta de la prudente diſpoſicion del teſtamento, con que no huuo demoſtracion mayor del delirio, que la falta de memoria que tuuo (pues ni ſe acordò del teſtamento que tenia hecho, ni de don Enrique ſu hijo, por quien en vida ſe auia deſvelado en orden à ſolicitarle aumentos, y en quien auia querido conſeruar la memoria de ſu caſa) y la ſeptima, de auerſe

con-

confessado dos vezes, y recibido el Viatico, con la declaracion del Padre Iuan Martinez de Ripalda, que dize, que jamàs le hallò capaz de poderle confessar, y que el Viatico se le dieron, mas por el buen estado en que le cogiò la enfermedad, que por el que se hallò en èl, quando se le administraron los Sacramentos, y la octaua de la memoria que se le conocio, en dezir las oraciones que repitio algunas veces, con que fue mas en fuerça de la costumbre, que de la deliberacion, ò memoria, y la nouena de auer otorgado despues del poder para testar, la escritura de la donacion de la tabla franca de la carniceria, con que la misma duda del acto antecedente influye para el siguiente executado, no por quien sabia lo que hazia, sino por quien como pudo hazer mas naturalmente vna accion de delirio, hizo aquella que en la apariencia no lo fue, y la decima de estar tan repetidamente executada la disposicion del poder para testar, con que nō ay ningun acto de aprobacion que no se ha hecho por quien era interessada en su disposicion, y con tal recelo de su poca consistencia, que para retener lo mismo que el señor Conde la auia dexado, necessitò de valerse de transacciones, para conseruarse en su titulo, y la vndecima, que todos tuuieron al señor Conde por capaz de hazer testamento la mañana del Miercoles, en que le hizo con la falencia de los testigos, que sintieron lo contrario, y las demostraciones que se vieron de la falta de juizio que padecio: y assi la conclusion de la ley diuus, ff. de in integrum restitutione, de que vnas presunciones se vencen con otras mas fuertes (de que se valen en su informacion, num. 434.) haze mas en fauor del señor Marques, que del señor Duque, por ser mucho mas fuertes las que assisten a la falta del juizio del señor Conde, que a la sanidad.

## De la informacion del señor Duque de Medina de las Torres.

El intento del señor Duque es, querer mostrar que el poder para testar que suponen auer otorgado el señor Conde, se otorgò legalmente con todas las solemnidades necessarias.

646 Y desde el num. 439. hasta el 494. procuran responder a los defectos que por el señor Marques se han opuesto contra su solemnidad.

647 Y el primero fue, que el señor Conde Duque no embiò a llamar à Bernardino de Benauides para hazer testamento, de quo in prima, num. 95. & 96.

648 Niegan este defecto, y dizen no estar prouado que el señor Conde no llamasse al escriuano.

649 Y a esta negacion satisface el memorial del hecho: porque no se hallarà auerse articulado, ni prouado por parte del señor Duque, que el señor Conde hiziesse llamar al escriuano.

650 Y solo lo que se halla articulado es, que dio orden a la señora Condesa para que hiziesse llamar a vn escriuano para otorgar su vltima disposicion, como parece de la pregũta 6. del interrogatorio, mem. num. 278. y en ella no ay quien la concluya sino doña Geronima de Mendoça, num. 283. y doña Catalina de Oliuares, num. 286. y Ana Gomez, num. 289. y don Diego Llamaçares, num. 292. (testigos que padecen las contradiciones, defectos, y tachas del interes que tienen en este pleito, por ser legatarios, y hallarse obligados del señor Duque, segun dexamos fundado.)

651 Y en lo demas de si el señor Conde dixo se llamara a Benauides, y no à Antonio Garcia; no lo dizen las mugeres: porque doña Geronima añade: *No se acuerda si le propusieron dos*, y doña Catalina, *que si le propusieron vno, ò dos escriuanos, no lo sabe*, y Ana Gomez, *que en lo demas de la pregunta, no reparò el testigo.*

652 Y don Diego Llamaçares, solo es el que llena la pregunta, y no tiene quien cõteste con el: porque dize: *que hablando el señor Conde con la señora Condesa la dixo: hagame llamar à vn escriuano para otorgar la disposicion que he de hazer cõforme sabe mi señora, y auiendo dicho la señora Condesa, que si llamaria à Antonio Garcia Escriuano, el señor Conde Duque dixo, que no se llamasse sino a Bernardino de Benauides, que era su conocido, y amigo, y Llamaçares sabe que yo le auia mandado le llamasse para esto mismo.*

653 Y a esta singularidad de don Diego se opone la deposicion del Doctor Cipriano de Maroja, mem. num. 837. que dize, *sabe que el señor Conde Duque de Oliuares no embiò a llamar al dicho Escriuano para otorgar el dicho poder para testar: porque estuuo el testigo junto a su Excelencia, sin apartarse de la quadra donde estaua junto a su cama, ni tam-*

 *poco*

*poco en este tiempo del aliuio el dicho señor Conde Duque se acordaua de nada, sin ser preguntado.*

654 Y siendo ambos contrarios, por dezir el vno lo que dize passò, y el otro, que no, y que si huuiera passado no pudiera dexar de saberlo, y auerlo oido, por auer estado siempre jũto a la cama del señor Conde, no puede ser creido don Diego de Llamaçares, que dize auerselo dicho, ex traditis a Farinacio de testibus q. 65. num. 2. mayormente quando contra esta circunstancia assiste vna certificacion dada por el mismo Bernardino de Benauides, de quo mem. num. 738. de que ante el no auia hecho otra escritura el señor Conde Duque, con que se excluye el conocimiẽto, y la amistad, y la causa de auerle embiado à llamar antes a èl que a otro.

655 Y la variedad que quieren colegir entre las deposiciones del Doctor Maroja en lo q̃ dixo mem. n. 817. y lo q̃ dixo m. n. 837. no la es

656 Porque en el mem. num. 817. solo dize: *que no sabe el fin con que se hallò presente Bernardino de Benauides Escriuano que dixeron ser del Numero de la dicha ciudad de Toro, si fue llamado por la señora Condesa de Oliuares, ò por otra persona.* Y en el num. 837. dize expressamente *sabe que el señor Conde Duque de Oliuares no embiò à llamar al dicho Escriuano para otorgar el dicho poder para testar*, en que no ay encuentro alguno, y la apariencia del nacio del error del mem. por faltar en el dicho num. 837. vn *No*, junto al verbo: *Embiò a llamar*, que parece habla de afirmatiua, siendo negatiua en el original, segun consta de la enmienda del Relator.

657 Segun esto bien se conoce que falta al señor Duque la prueua del requisito necessario de auer el testador rogado, y llamado al Escriuano, y cõ el defecto desta circunstancia no puede tener valor alguno el poder para testar, vt agnoscunt Rodrigo Suarez dicta allegat. 1. nu. 31. donde requiere que el Escriuano aya sido rogado para que haga fee, y por esto, autoridad al valor del testamento, y tuuo por vna de las presunciones vrgentes en fauor de la nulidad del testamento (contra que escriuio) no auer sido llamado por el testador, sino por los interessados en el otorgamiento, ibi: *Sed hoc manifestè cessat in proposito; quia dictus tabellio, qui hoc testamentum condidit, nõ fuit ad hoc adhibitus, nec à testatore ad hoc testamẽtũ rogatus, sed ab inimicis, qui eum compullerũt, & oppresserunt, vt filium eorum heredem institueret, & ad hoc efectuandũ adduxerunt tabellionem sibi familiarem, & seruitorem, qui ad eos complacendos infideliter se habuit.*

658 Y lo mismo confirma Caldas Pereira dict. cons. 24. num. 10. vers. *Tum etiam* por el texto in autẽtica de tabellionibus, §. hoc autẽ, y reconoce ser de sustancia del testamento, auer de ser el escriuano rogado, y llamado por el testador, ex Bartulo in l. 2. ff. quemadmodum testamenta aperiantur, y alega muchos en su opinion, y concluye: *Et ideo cum testes dicant, tempore testamẽti nõ vidisse, neque audiuisse notarium rogari pro testamento prædicto, vt probatum est, vtique probatur ne-*

ga-

*gatiua, ſcilicet, quod ipſe notarius rogatus non fuerit, per ipſum teſtatorem, etiam ſi notarius id ipſum expreſſerit in teſtamento, quod fuerit rogatus*, que ſon las miſmas circunſtancias que el Doctor Maroja refiere, de que con auer eſtado pegado a la cama del ſeñor Conde Duque, no oyò, ni vio que ſu Exc. hizieſſe llamar, ni llamaſſe al eſcriuano.

659 Y aun falta aqui la q̃ conſiderò Caldas Pereira, y huuo en ſu caſo, ſcilicet, auer afirmado el eſcriuano que fue rogado, y llamado; porque en el poder no lo afirma Bernardino de Benauides.

660 Y todas las calidades que ponderan en el num.442.para dar a entender que fue rogado, y llamado el eſcriuano, pudieran tener alguna apariencia, ſi fuera de tanta legalidad, como deuia ſer; pero cõcurriendo cõtra el tantas ſoſpechas como reſultan de las prendas que con el ſe metieron para empeñarle en eſta accion (que ſe ponderaron in prima ex num.89.) no ay que atẽder mas que ſolo a que faltando eſta ſolemnidad, quedò caduca la ſuſtãcia del dicho teſtamento.

661 Y aunque en el num.443. ſatisfacen a otro defecto que ſuponen auerſe opueſto contra los teſtigos inſtrumentales, de que no fuerõ llamados, no ſatisfacemos; porque por la parte del ſeñor Marques de Leganes, no ſe ha inſiſtido en eſte defecto, ni fundado en nueſtra primera informacion.

662 Y ſolo lo que contra ellos ſe ponderò en ella en el num.77. es que aunque fueron eſtãtes en la ciudad de Toro, no empero vecinos de ella, deuiendo ſerlo para poder tener valor el teſtamento, ex l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopilat.

663 A que por parte del ſeñor Duque ſe procura reſponder en ſu informacion, ex num.447. diziẽdo, que eſta ley habla en vno de dos caſos, quando el teſtamento nuncupatiuo, ſe otorga ante eſcriuano, y tres teſtigos ſolamente, ò quando concurren cinco ſin eſcriuano, y q̃ ſolo en eſtos es donde ſe requiere la calidad de auer de ſer vezinos los teſtigos.

664 Y como no ſe dize, ni añade coſa de nueuo, y que no eſtè dicha, y preuenida la reſpueſta en nueſtro primer papel, ſe eſcuſa la repeticion, por no detenernos tanto en lo que no es neceſſario.

665 A otro defecto que por nueſtra parte ſe alegò contra el poder para teſtar (ſcilicet) auer ſido hecho por interrogacion del Eſcriuano, de quo in prima, num.94. reſpõden los Abogados del ſeñor Duque, ex num.463. y dizen que no tiene mas fundamento que nueſtra ſimple alegacion, ſiendo aſsi, que concurre la depoſicion del Padre Iuan Martinez de Ripalda, mem. n. 830. donde dize, *Sabe, que auiendole preguntado al dicho ſeñor Conde el Eſcriuano que llegò para tratar del otorgamiento del poder para teſtar, quien queria que fueſſe ſu heredero, y a quien queria dar el poder para teſtar, no ſalio del dicho ſeñor Conde a nõbrarle, haſta que el dicho eſcriuano le nombrò a la ſeñora Condeſa ſu muger, y entõces dixo, que ſi*, y Pedro de Vmaña mem.num.832. dize: *Vio que el eſcriuano de Toro, que ſe llamaua Bena-*

*nauides lleuò al señor Conde Duque el Miercoles por la mañana vn papel, que dezian era poder para testar, y el señor Conde respondio a las preguntas que el escriuano le hazia*, y el Doctor Cipriano de Maroja, mem. n.836. & 837. dize: *Que los nombramientos de personas que hazia el señor Conde, eran proponiendoselos primero el escriuano.*

666 Vnde prouenit, la resolucion inconcusa de que el testamento hecho ad interrogationem, no tiene valor, por ser necessario, que concurra voluntad del testador, y palabras expressiuas della, ex l. iubemus 29. C. de testamentis; porq̃ el dia que el testador no puede hablar, ni escriuir, se juzga como muerto, vt ipsa lex dixit ibidem: *Si enim est talis testator, qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur.*

667 Y por esso Iacobo Menochio en el referido consejo 45. ex n. 17, funda: *Quod quando non constat testatorem habuisse animum testandi, & infirmitate ita præmitur, vt dubiũ nt de sana eius mente, testamentum ad Notarij, vel alterius interrogationem conditum non valet: nam videtur potius noluisse testari, quam testari, & quod respondit, ita agere velle, videtur potius egisse, vt ab ea interrogationis molestia liberaretur, quam vt ita testaretur, & si forte de alia re fuisset interrogatus idem respondisset.*

668 Y en todos los fundamẽtos que và proponiendo Menochio refiere las mismas circunstãcias que en este caso concurrieron de estar el testador moribundo, y fuera de juizio, y ser persona sospechosa el que hizo la pregunta, è interrogacion al testador, y resuelue, que cõ estos requisitos, no vale semejante testamento.

669 Et idem tenet Cardinalis Mantica de coniecturis lib. 2. tit. 7. num. 9. ibi: *Sed in dubio cum quis in articulo mortis est cõstitutus, & paulo post interrogationem, & responsionem factam, simpliciter per verbũ sic, vel si, vita decesserit non putò eum sanæ mentis fuisse, aut saltim testandi cõsilium habuisse, & inferius ibi, & hoc quidem tunc maximè procedit, quando interrogatio fit ab homine suspecto, tunc enim mixta consideratione interrogantis, & ægrotantis constituti in articulo mortis planè vehemens oritur sunspitio falsitatis, seu deficientis voluntatis, quasi quod ita responderit ad suggestionem potius interrogantis, & ad submouendam molestiam, qua propter morbũ affligitur, quàm quod ita disponere voluerit.*

670 Y del mismo sentir es don Iuan del Castillo lib. 4. controuers. cap. 27. per totum.

671 Replican los Abogados del señor Duque con dezir que la interrogacion que hizo Bernardino de Benauides, no fue nombradamente diziendo al señor Conde, si queria instituir a la señora Condesa por su heredera; sino genericamẽte a quiẽ queria instituir por heredero, y que testamentarios? Y entonces respondio el señor Conde, que a su muger, y nombrò los testamentarios, quo casu omnes agnoscunt, que vale semejante testamento. Sed respondetur.

Que

672 Que los mismos autores que los Abogados del señor Duque traen en su fauor, declaran esta resolucion, y la entienden, quãdo demas de la grauedad de la enfermedad, y la pregunta del Notario asistẽ otras presunciones que den a entender no auer querido el testador hazer testamento: porque entonces no vale semejante disposicion, vt declarat Iacobus Menochius lib. 4. præsumpt. 8. num. 37. vers. *Declaratur.*

673 Y en el vers. *Primùm* del num. 38. pondera por presuncion, (para no auer tenido animo de hazer testamento) el no auer hecho llamar al Escriuano, ni a los testigos, y junto con la grauedad de la enfer medad, y la interrogacion del Escriuano, y la duda de si estaua, ò no en su entero juizio, afirma faltar la voluntad de auerle querido hazer quãdo esto concurre.

674 Y en el num. 40. pondera tambien por señal de defecto de voluntad: *Cùm interrogatio facta fuit à persona suspecta, vtputà à consanguineis, qui deinde scripti hæredes reperiũtur, vel à Notario ab ipsis consanguineis vocato, (& quòd aiunt) subornato precibus, & precio.*

675 En el num. 467. dizen, que aunque no huuiera expressado el señor Conde Duque la persona que quiso que fuesse su heredera, y se la huuiera nombrado el Escriuano, y preguntadole si queria que lo fuesse, y respondiesse, que si, vale semejante testamento, ex glos. verbo *Quemadmodum* in dicta l. iubemus, vers. *Sed quid*, ibi: *Sed quid si alius exprimat? Et ipsè profiteatur se agnoscere verbis? Respondeo sufficit.* Sed respondetur.

676 Que aunque lo dize asi la glossa, y aya autores que la sigan, y tengan por mas comun, como lo reconoce Gregorio Lopez in l. 6. tit. 3. part. 6. glos. verbo, *Diziendo*, lo limita, y entiende, *quando testator habebat bonum intellectum, & memoriam, secus ergo esset, si testator, ita oppressus erat infirmitate, & mortis præsura, quòd non poterat articulatè loqui; nam tunc, non valet testamentum; quia talis disponens, mortuis similis est.*

677 Y en la segunda limitaciõ que pone el mismo Gregorio Lopez vers. *Limita etiam*, reconoce, que si la interrogacion la haze Escriuano sospechoso, y llamado por persona en quiẽ residiesse sospecha, no valiera el testamento, y alega a Rodrigo Suarez dicta allegat. 1. n. 31.

678 Y el propio Rodrigo Suarez num. 28. afirma, que la resolucion de la glossa in dicta l. iubemus, cessò con la decisiõ de la misma l. 6. de la partida, la qual dize: *Que deue ciertamente el facedor del testamento, nombrar aquel que quiere establecer por su heredero, diciẽdo, fulano quiero que sea mio heredero, nombrandolo por su nome.*

679 Insisten en el num. 473. en que auiendo el Escriuano ordenado el poder para testar, precediẽdo comunicacion con el señor Cõde, y leidole despues, y preguntadole, si era su voluntad otorgarle asi, y respondio, que si, y otorgadole en la dicha forma, vale semejante testamento, ex glossa 1. Greg. Lopez in dict. l. 6. vers. *Tertio limita dictam communem opinionem*. A lo qual se responde.

680 Que el hecho ſobre que eſtriua eſta replica, ſe funda en ſolo la depoſicion de vn teſtigo, que es don Diego de Llamaçares, memor. num. 333. que depone: *Que antes de otorgar el Eſcriuano el teſtamento, le puſo en mẽbrete, y ſalio a la anteſala, donde con vn oficial ſuyo le puſo en limpio, y le leyò todo a la letra, y contenia lo que lleua dicho el teſtigo que ſe hallò preſente à todo, aunque no fue teſtigo del dicho poder, y el dicho ſeñor Conde Duque dixo lo otorgaua aſsi*: porque los teſtigos inſtrumentales, no dizen mas, de que el Eſcriuano preguntò al ſeñor Conde, quiẽ queria que fueſſe ſu heredero, pero no que deſpues de la comunicacion le eſcriuieſſe aparte, y ſe le leyeſſe, y otorgaſſe, ni aun el miſmo Bernardino de Benanides, con ſer el Eſcriuano, no depone eſta circunſtãcia, vt patet mem. num. 354. ni aun ſe atreuieron à articularlo en la pregunta 8. mem. numer. 317. y ſiendo en eſta parte teſtigo ſingular el dicho don Diego de Llamaçares, no puede hazer fee alguna, ex textu in cap. cauſam, & ibi gloſſa verbo, *Singulares*, de probat. latiſsime Farinacio de teſtib. q. 64. n. 33.

681 Maximè, que a eſta ſingularidad ſe oponen las depoſiciones del Padre Iuan Martinez de Ripalda, Pedro de Vmaña, Doctor Cipriano de Maroja, que referimos ſupra num. 665. que dizen, que el poder ſe hizo por ſolo la interrogacion del Eſcriuano, ſin auer precedido otra comunicacion con el teſtador, y ſegun eſto, tan lexos eſtà de ſer en fauor del ſeñor Duque la limitacion tercera de Gregorio Lopez, que antes ajuſtandoſe al hecho verdadero que paſsò, es fauorable al ſeñor Marques de Leganes, aun quando huuiera ſido cierto (lo que no lo es) ſcilicet, el auer buelto el eſcriuano a leerle al ſeñor Conde el poder deſpues de ſacado en limpio, y que el huuieſſe dicho, que lo otorgaua aſsi, vt patet, ibi: *Sed ſi aliquis fecit ſcribi teſtamentum ſine ſcientia, & voluntate teſtatoris, & poſtea cõuocatis teſtibus, Notarius in præſentia teſtatoris illud legit, & interrogat teſtatorem, an ita vellit: nam licet reſpondeat, quod ſic, & poſsit articulate loqui, tale teſtamentum nihil valet, maximè, quando teſtator erat grauatus infirmitate.*

682 Y el lugar mas copioſo que ſe puede alegar para eſte punto, es la controuerſia 549. de Franciſco Nigro Ciriaco, que habla en otra competencia de dos teſtamentos. Vno, primero legitimamente hecho. Y otro, ſegundo, en que ſe reuocò el primero (pero hecho *ad interrogationem*) y funda por toda la controuerſia, precipuè ex num. 34. que no vale el ſegundo, y que ſin embargo de la reuocacion, quedò firme el primero.

683 Y entre los autores que trae en fauor de ſu reſolucion, refiere num. 67. a Iulio Claro in §. teſtamentum, q. 37. nu. 4. verſ. *Sed certe* vbi dicit: *Quod maximè, & reipublicæ profuturũ, ſi a Cæſſare cõſtitutione caueretur, ne huiuſmodi teſtamentis, quæ ab infirmis ad alterius interrogationem cõficiuntur, fides adhiberetur, niſi teſtator ſaltim per tres dies in bono ſenſu poſt tale teſtamentum conditum ſupervixerit: nam ſæpenumero ab infir-*

*firmis statim morituris, solent talia testamenta extorqueri*, & subdit: *Quod si casus contingeret, facile recederet, tam in iudicando, quam incõsulendo ab illa opinione, quod huiusmodi testamenta sustineantur.*

684 Y en el num.71.dize, que muchos autores dexan al arbitrio del Iuez prudente, y discreto el juzgar si deuen valer semejantes testamentos, miradas las circunstancias del hecho, palabras de la interrogacion, calidad del testador, y el estado en que estaua, y alega a Philipo Corneo conf.73.n.6.verf. *Et ideo*, vol.1.

685 Et tandem, en el nu.72. distingue la materia en dos casos, y en el primero, que es quando està claro, que el testador no ordenò el testamento, ni llamò al escriuano, ni a los testigos, ni comunicò con el su voluntad, sino que se le lleuaron los interessados, para que le hiziesse entonces, resuelue que no vale, vt patet, ibi: *Quòd aut versamur in claris testatorem non praordinasse testamentum, nec fecisse vocari Notarium, & testes, nec declarasse sponte velle testari, sed notarium fuisse, ductum ad eum cum testibus ab interessatis, & ipsum testatorem lætali morbo laborantem fuisse interrogatum, an vellet testari? Et suggestiuè, an vellet facere talem hæredem, & respondisse tantum, per verbum sic, tunc non valet testamentum, etiam si ille sit sanæ mentis, & intelligat quid agatur.*

686 Y el segundo caso de la distincion, le pone en el nu.73. que es el de la replica: *Quando constat Notarium, & testes fuisse vocatos de mandato ipsius testatoris, & ad eius dictamen fuisse scriptum testamẽtum, & postea publicatum ad interrogationem suggerendo etiam nomen hæredis, iam eo præordinãte scripti*, que es lo que aqui faltò: porque ninguna destas circunstancias concurrieron, y se quedò este poder en los desnudos terminos de auer sido hecho ad interrogationem, quo casu non valet.

687 Y desde el num. 86. dize Ciriaco, que esto procede con mas seguridad, quando concurren algunas congeturas que hagan verisimil no auerse hecho por voluntad del testador la disposicion, de cuyo valor se duda, y entre las que pondera es vna por la mas fuerte, y mas concerniente para este caso, scilicèt; *Quia huiusmodi testamenta facta ad interrogationem mediante suggestione à grauiter infirmo, respondente per verbum sic, non præsumuntur condita à testatore sanæ mentis, maximè, quãdo non instituit venientes abintestato, sed extraneos. Collegium Patavinũ cons.1.num.18.& 19.vol. 1. inter consilia vltimarum voluntatum.*

688 Y en el num. 103. pone por vltimo fundamento el que saca este punto de toda duda, scilicèt, que aun quãdo se pudiera tener por testamento el hecho ad interrogationem, se entiende quando antes del no ay otro testamento otorgado solemnemente: porque si le ay, no vale el segundo, aunque en el se aya reuocado el primero, y queda firme, y en su integridad, como si no se huuiera hecho el segundo, ex doctrina Pauli de Castro in l.*hac consultissima*, §.*at cũ humana fragilitas, C.de his qui testamenta facere possunt*, donde dize,

que

que lo aconsejò asi (como lo hizo en el consejo 155. paulò ante finem vers. *Pro hoc etiam bene facit* vol. 1.) y en esta forma limita la glosa verbo: *Quemadmodum, C. de testamentis*, y refiere Ciriaco dicto num. 103. infinitos autores que se dexan de referir, por no alargar tanto este papel.

689 Y Concluimos este defecto con la doctrina del señor Presidente Couarrubias in cap. cum tibi, num. 5. donde auiendo citado la ley 6. tit. 3. de la partida 6. que citamos arriba, y referido algunos autores que tuuieron por bastante que alguno preguntasse al testador si queria tener por heredero a la persona que le nombrò? Y èl respondiesse, que assi lo queria, dize que deue entenderse: *Modo cesset omnis suspicio fraudis, timoris, & importunæ suggestionis, & constet testatorem deliberate voluisse testari, eademque voluntate animo libentissimo consensisse, vt circa proprij patrimonij dispositionem interrogaretur ab his, qui munus interrogandi assumpserunt: secus verò dicendũ est, quando testator grauiter ex morbo laborans, interrogatur à Notario, quem ipse non vocauit.*

690 En el num. 481. tratan de respõder al defecto vltimo (que por parte del señor Marques se opuso a este poder para testar en nuestra primera informacion, num. 116.) de q̃ assistiendo contra èl la deposicion del Doctor Cipriano de Maroja (q̃ dize no auer estado el señor Conde en su juizio, quando suponen auerle otorgado) no viene à auer mas de quatro testigos que le autoricen, y faltandole vno (para los cinco que deue tener) queda sin el numero necessario, y dizen se deue entender quando algun testigo instrumental niega auerlo sido de la escritura, y no quando lo confiessa, y solo afirma, que el testador no estaua cõ capacidad quando hizo el testamento: porque entonces no se le puede dar credito, respecto de que con solo auer firmado el testamento, fue visto aprouar lo contenido en el, y no deue ser oido contra lo mismo que subscriuio, ex Bart. in l. 1. §. si quis neget, num. 11. ff. quemadmodũ testamenta aperiantur, donde dize, que para poder creer al testigo contra lo que afirmò con la subscripcion, ha menester que muestre que fue engañado. Sed excluditur.

691 Que siendo cierto como es, por la ley del Reyno, auer de interuenir cinco testigos para el valor del testamento, no se puede negar q̃ en faltando el vno, no tiene la solẽnidad entera que deue tener, y por esso el texto in dicta l. 1. §. *Si quis neget*, resoluio, que se hazia sospechoso el testamento en que vno de los testigos negaua ser suyo el sigilo que estaua puesto en el, vt notauit Pedro Surdo cons. 378. num. 9. & 10.

692 Y aunque el mismo ibidẽ num. 21. trata de responder a lo que dexaua dicho antecedentemente; pero en el num. 23. reconoce: *Quod vnus testis contradicens testamento, illud facit vacillare*, y que ha menester que se prueue en contrario, que depuso maliciosamente, para que dexe de darsele credito; pero en siẽdo testigo fidedigno, afirma que haze sospechoso el testamento, y por to-

todos los numeros hasta el 35. và disputando, si se ha de entender la resolucion contraria, quando es supernumerario el testigo que cõtradice al testamento, si queda en los demas numero suficiente que le cõprueue, y afirma que quando la parte se quiere valer de la prouança de testigos, y no del testamento, entonces aunque vno contradiga, si los demas dizen lo contrario, se està a sus deposiciones: secus tamẽ, quãdo se trata del valor de la escritura, ò testamento, y quiere la parte vsar della, y entonces siente, que aunq̃ interuengan los demas testigos, y el Notario, sino asiste el numero cabal que la ley requiere, no serà bastante para suplir la falta del vn testigo, por faltar la solemnidad del instrumento.

693 Y si bien por el consejo de Iason 124. vol. 1. lleua lo contrario Lelio Altogrado conf. 50. per totũ, precipuè ex num. 137. & 138. vers. *Tamen contraria sententia*, està respondido tan bastantemente en nuestra primera informacion, nu. 118. que no obliga a insistir mas en lo q̃ alli se dixo, y solo suplicamos se estimen las diferencias que huuo en el caso en que escriuio Altogrado a las del nuestro, y se conocerà no poder ser aplicable su resolucion; porque el testamẽto sobre que escriuio, fue hecho por quien estaua en su entero juizio, y no con frenesi, como le padecia nuestro testador, y asistiã alli muchas presunciones fauorables, vt patet ex num. 147. vsque ad 157. q̃ en el nuestro faltaron, y en que se hallan muchas contra el valor del testamento, y legalidad del Escriuano, y lo que mas es, el reconocimiẽto de la señora Condesa, en auer dudado del dicho poder para testar, y remitido al Consejo el testamento del año de 642. para que se estuuiesse por el, y no por el poder del año de 645.

694 Y finalmente Menochio de arbitrarijs lib. 2. centur. 2. casu 105. auiendo citado en el nu. 16. el consejo de Socino 28. del lib. 3. quatenus, tuuo que la contradicion del vn testigo instrumental, haze vacilar la fee del testamento, constituye diferencia, num. 17. entre el testamento que desde su principio tuuo los necessarios, y despues faltò el vno (negando auer interuenido en el) o en el que desde el principio faltò alguno: porque entonces dize: *Quòd quã do ab initio non fuit adhibitus re ipsa constat legis formam non esse obseruatam, atque ita testamentum esse ipso iure nullum, at quando vnus se subtrahit, alijs attestantibus de veritate testamenti, calumniosè potius, quàm verè, repugnare videtur, & suum hoc testimonium confunditur aliorũ testimonio.*

695 Pero despues reconociẽdo en el num. 19. la multitud de autores que ay por vna, y otra parte, dize: *Quòd iudicis arbitrio plurimũ tribuendum esse, qui iuxta testium conditionem, & Notarij formam arbitrabitur, an instrumenti fides integra sit, vel potius vacillet*, que es lo que en este caso deuen hazer los señores del Consejo, pues ven la falta de legalidad del Escriuano, y tantos defectos como se han ponderado, para gouernar por su arbitrio la nulidad del poder para testar.

696 Y aqui aun faltan los demas testigos que son necessarios para calificar el testamento, porque como se ha dicho, son tantas las tachas que asisten contra los que han depuesto en fauor del poder para testar, que se ha de juzgar, como sino huuiera testigo alguno que coadjuuara su valor.

697 En el num. 488. afectan responder a otro defecto, de la demasiada cautela, o preuencion de q̃ vsaron en hazer firmar a todos los testigos, q̃ dizen interuinieron en el poder para testar, la qual no puede dexar de reconocerse auerlo sido, y capaz de hazer sospechoso el instrumento, como lo considerò Sesse d. decis. 56. n. 34. y aunque en el caso en que escriuio, se declarò el testamento por valido; pero como se dixo supra num. 568. no fue de toda conformidad la sentencia, y huuo algunos Iuezes que sintieron lo contrario, y Sesse tuuo por mas verisimil su opinion.

698 Y en fin aqui estamos en la controuersia de vn testamento claro (como es el del año de 642.) y de vn poder, que no lo es, ni aun hecho aparente por el señor Duque, antes desacreditado por la señora Condesa, con la clausula de su codicilo, y asi no puede auer duda, en que por el nuestro se ha de dar la tenuta al señor Marques, y no al señor Duque, por el poder inualido, como se ponderò supra ex n. 79.

## ARTICVLO QVARTO.

### *De la informacion del señor Duque de Medina de las Torres.*

699 QVE Quando el testamento del año de 642. no estuuiera reuocado, no tiene el señor Marques de Leganes, ni el de Morata su hijo derecho alguno en virtud del.

700 Antes de llegar a los fundamentos con que se quiere comprouar este assumpto, no era menester mas para su exclusion, que dezir, que el señor Duque no le và interes alguno en que el señor Marques de Leganes, tenga, ò no llamamiento por el dicho testamento, mientras por su parte no se mostrare, que por el le puede tocar la sucesion.

701 Y aunque en fuerça del testamento del año de 642. pudiera dezir el señor Marques al señor Duque, quo ad te liberas ædes habeo, supuesto, que el señor Marques, y su hijo el de Morata, le preceden en llamamiento, no se contenta con esta respuesta general, ni con todo lo que tiene hecho en su primera informaciõ, n. 18, vsq. ad 51. y passa a fundar, q̃ tiene expresso, y virtual llamamiento en el dicho testamento de 642.

702 Y para que conste dello, se presupone por cierto, que el parẽtesco, amistad, y afecto apretado del señor Conde Duque, fue con el señor Marques de Leganes su primo hermano, y que no tuuo atencion alguna a los descendientes del dicho señor Marques por ellos, sino

por

por hijos suyos, y siendo esta su verisimil voluntad en fuerça della, deue tenerse por llamado, aunque lo ayan sido sus hijos por su contemplaciõ, ex l. profectitia 5. §. 1. ff. iure dot. donde la dote dada, por vn tercero a vna hija de otro, por contẽplacion del padre, se juzgò, como si la huuiera hecho el mismo de sus propios bienes, ibi: *Quòd si quis patri donaturus dedit, hanc quoque a patre profectam esse, & est verum.*

703 Y lo donado al hijo, por contemplacion del padre, se adquiere al mismo padre, ex l. sed si plures, §. in adrogato, ff. de vulgari, ibi: *Ego etiam amplius putò, & si quid beneficio adrogatoris adquisijt, hæc substitutum posse habere, vtputa adrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid reliquit*, y como considerò Francisco Nigro Ciriaco 1. tom. cotrouers. capit. 128. num. 93. *idem est dare vni, contemplatione alterius, ac dare illi tertio*, para lo qual pondera la l. filio familias 42. ff. de conditionib. & demonstrat, ibi: *Magis patri legatum videri ait, & patrem suo nomine legatum petere.*

704 Y Pudiera alegar tambien la l. si filio familias 23. ff. de donat. causa mortis, donde la donacion hecha al hijo de familias por contemplacion del padre, se le adquirio de tal suerte, que a el mismo le compete la accion para pedirlo, ibi: *Si filio familias mortis causa donatũ sit, & viuo donatore moriatur filius, pater viuat, quæsitum est, quid iuris sit? Respondit, morte filij condictionẽ competere*, ita resoluit Iacobo Menochio lib. 3. præsumpt. 28. nu. 11. donde pone vn caso de vna donaciõ hecha a vn hijo con mencion del padre, y por ser el donador amigo del padre (y que apenas conocia al hijo) defiende: *Quòd præsumitur donatũ contemplatione ipsius patris amici*, y refiere a Paulo de Castro in l. cum oportet in princ. C. de bonis, quæ liberis, y a Imola in dict. l. si filio familias, la 2. nu. 2. ff. de donationib. causa mortis, y a otros que omitimos.

705 Y para este intento conducen la ley liberationem, §. consequenter, ff. de liberat. leg. ibi: *Non solùm eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verùm eum quoque, qui non est scriptus, si & eius contemplatione liberatio relicta esset*, y la ley seruo legato 69. §. si testator, ff. de legat. 1. ibi: *Nec solùm hoc casu alius habet actionem, quàm cui testator dari iusit, sed alij quoque, veluti si filiæ nomine genero, aut sponso dotem dari iusserit, nõ enim gener, aut sponsus, sed filia habet actionem, cuius maximè interest*, y la ley facta 63. §. si hæres ante, ff. ad Senatus Consult. Trebell. ibi: *Nisi fuerit ab hærede adprobatum, contemplatione sui, seruũ esse hæredem institutum*, y la ley si vero 64. §. item, quidquid, ff. soluto matrim. ibi: *Et si fortè, cum ei nihil deberet libertus, hæredem eum scripsit, nihil vxori restituet*, y la ley qui tutelam 28. in princip. ff. de testam. tut. ibi: *Modo si legata filij non afectione propria, sed in honorem patris meruerunt*, y la ley Sed & si quid 22. in princip. ff. de vsufructu, ibi: *Si quidem contemplatione fructuarij aliquid ei relictum, vel donatum est, ipsi adquiret, si verò proprietarij, proprietario.*

706 Y muy en terminos lo cōsiderò Pedro Surdo conſ. 85. num. 38. ibi: *Et quando diſpoſitio fit alicuius contemplatione, competit illi actio, etiam ſi ad eum verba non dirigantur*, & ibi: *Quia perſona, quæ includitur, eſt cauſa fauoris: ergò illa debet attendi, tanquam principalis cauſa, l. ſed ſi hac, §. fin. ff. de inius voc. & hoc caſu non dicitur extendi decretum ex quo fratres, & hæredes diſpoſitiuè includit.*

707 Y hablando en las donaciones hechas al marido, por contemplacion de la muger, ò la muger reſpecto del marido, que ſe adquieran à aquel a cuya contemplacion ſe hizieron, la comprueuan latamēte Gutierrez *lib. 2. practicar. quæſt. 120. à num.* 12. Valaſcus *de partitio. cap.* 13. *à num.* 45. Morquech. *de diuiſ. bonor. lib.* 4. *num.* 34. Monte Alegre *in praxi lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 123. Garcia *de coniugali acquæſtu, n.* 101. *& ſequent. &* 118. Fontanela *de pactis clauſul.* 7. *gloſ.* 3. *part.* 7. *num.* 92.

708 Teniendo pues virtual llamamiento el ſeñor Marques, no ha meneſter mas para poder ſuceder, y obtener en el juizio de tenuta, ex Baldo in l. finali, num. 38. C. de edicto Diui Adriani, & in l. ſi quis ad declinandam, num. 6. C. de Epiſcopis, & Clericis, & ex pluribus comprobat D. Molina lib. 3. cap. 13. num. 43. a quien refiere, y ſigue dō Chriſtoual de Paz de tenuta cap. 29. nu. 24. & 25.

709 Y aunque Caſtillo lib. 3. cap. 24. num. 93. dio a entender lo contrario, ſolo hablò quando el que intētaua el juizio poſſeſſorio no eſtauā comprehendido en el inſtrumento; pero lo miſmo es eſtarlo expreſſamente, que ſi por congeturas claras ſe colige la comprehenſion.

710 Y no ſolamente por implicita comprehenſion, procede lo referido, vt comprobarunt Menochio *de adipiſcend. remed.* 4. *nu.* 214. Anton. Gomez *in l.* 45. *Tauri, nu.* 139. Fuſar. *de ſubſtitut. quæſt.* 24. *&* 28. Argelus *de acquir. poſſeſ. quæſt.* 7. *art.* 6. *num.* 164. ſino que es veriſimili mente, & coniecturata diſponentis voluntate, ſe entiende que lo diſpueſto en vna perſona, ſe juzga por diſpueſto en otra, vt præter alios rectè notarunt D. Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 2. Peregrin. *de fideicommiſ. artic.* 11. *num,* 46. Surd. *deciſ.* 37. *n.* 17. Theſaur. *deciſ.* 270, *nu.* 31. Caſtillo *lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 57. Fuſar. *qui latè diſputauit de ſubſtitut. quæſt.* 32. *num.* 4. Y en el num. 6. dize: *Prima erit coniectura, quando aliàs non facta extenſione excluderetur perſona magis dilecta, quia tunc fit extenſio ad illam perſonam*, Ruinus *cōſ.* 168. *num.* 20. *lib.* 3. Socinus Iunior *conſ.* 129. *num.* 30. *lib.* 3. Menochio *lib.* 4. *præſumpt.* 65. *num.* 37. y en eſtos miſmos terminos, auiendo diſputado la queſtion Carleual. *de iud. tom.* 2. *tit.* 3. *diſput.* 5. *num.* 14. En el n. 19. funda nueſtra reſolucion.

711 Y en terminos de execucion de inſtrumento, para lo que no eſtà eſpecificamente expreſſado, ſino ſolo virtualmente incluido, ſon los lugares de Baldo *in l. ab Anaſtaſio, C. mandati, per text. in cap. quoad translationē, de ofic. Deleg.* y la miſma reſolucion tuuo *in l. ad probat. C. de probation.* y lo comprouò latamente

mente

mente Cesar Rugin el *practicar. quæstion. c. 20.* vbi latè. Gratian. *disceptationum cap. 323. nu. 9. & cap. 445. num. 21. & cap. 770. num. 22.* Azcebed. *in l. 1. num. 11. tit. 21. lib. 4. Recop.* Carleual *dicta disputat. 5. num. 5. & sequentibus.*

712 Y atendida la causa, por la qual dexò el señor Conde Duque de formar el llamamiento en la persona del señor Marques de Leganes, corre esto sin dificultad alguna: porque fue por presumir que auiendo de preceder tantos sucessores (como entendio poder originarse de sus hijos legitimos, y de los descendientes de don Enrique Felipez de Guzman por medio de los matrimonios que se auian de contraer) no pudiera ser posible viuir el señor Marques de Leganes, y por esso llamò a sus hijos, y descendientes, y si creyera que pudiera viuir entõces (como oy viue) le huuiera llamado, y esta verisimil voluntad es capaz de inducir llamamiento en fauor de la persona por quien asistiere, ex l. finali, C. de institutionib. & substitut. donde vn padre tenia a su muger preñada, y la instituyò por heredera en la mitad de sus bienes, y en la otra mitad al vientre, y dispuso, *si non posthumus natus fuerit, alium sibi hæredem esse*, y sucedio, que nacio el posthumo, y murio despues en la edad pupilar, y se dudò si auia de entrar la madre, ò el substituto llamado en el caso de no nacer el posthumo, y Vlpiano, y Papiniano tuuieron esta por question de voluntad, siendo Papiniano de opinion que el afecto que tuuo el testador, fue de que la madre entrasse en la otra mitad de los bienes del posthumo (en el caso sucedido de auer nacido, y muerto impubere) y no el substituto: porque el dia que el padre dexò parte de sus bienes propios a su muger, mejor querria le tocasse la parte de su hijo posthumo (a quien dio nombre de luctuosa) ibi: *Si enim suæ substantiæ partem vxori dereliquit, multomagis & luctuosam hæreditatem ad matrẽ venire curauit*, y los Emperadores siguiendo la opinion de Papiniano, repelieron al substituto, con tener en la apariencia la letra de la substitucion, y admitieron la madre, por la verisimil voluntad de que auiendole dexado la parte de los bienes en el vn caso, fue visto quererse la dexar en el otro, ibi: *Substitutionem quidem in huiusmodi casu vbi posthumus natus adhuc impubes viua matre decesserit respuendam esse censemus.*

713 Y si en este caso por solo la veresimil voluntad, fue preferida la madre al substituto, que tenia por si la letra? mucho mejor deue el señor Marques de Leganes admitirse en el nuestro? Teniendo como tiene, no solo la verisimil, sino la congetural, y la expressa de auer llamado a sus hijos, no por ellos, sino por serlo de su padre.

714 Y es muy aplicable la decision de la l. final, ff. de hæredibus instituendis (que para otro caso põderamos supra numer. 340.) donde auiendo vno reuocado vn testamẽto en que tenia nombrado a vno por heredero, y hecho otro en que instituyò a persona diferente, por causa de auer presumido, que el primero era muerto, resoluio el Emperador

por la verisimil voluntad del testador pertenecer la herẽcia al heredero, ibi: *Tamen ex voluntate testantis putauit Imperator, ei subveniendum, igitur pronuntiauit, hareditatem ad Magnam pertinere.*

715 Y atendiendose, como se deue, a la razon fundamental desta decision (como la considera Accacio Ripoll. in l. demonstratio falsa, §. quod autem, num. 36. ff. de condit. & demonstrat.) se hallarà, que es muy cabal para este punto: porque en aquel caso competia el rigor con la equidad, respecto de que el primer testamento (en que Pactumeya, fue instituida) fue reuocado por el segundo (en que Nonio Rufo fue instituido por heredero) y este deuia valer por posterior, y por otra parte asistia la equidad de que el testador no huuiera quitado la herencia a Pactumeya, si supiera que viuia, y el Emperador presirio por su decreto la equidad al rigor, y mandò que se diesse la herẽcia a Pactumeya por el segundo testamento, en conformidad de la verisimil voluntad del testador; porque aunque en el segũdo no huuo disposicion expressa en su fauor, tuuo el Emperador por verisimil la que se pudo congeturar de auer dicho en el, que instituia à Nonio Rufo por no auer podido tener por herederos a los que auia deseado.

716 Y aqui aunque el señor Conde dexò de llamar al señor Marques, y llamò a sus hijos, fue por creer que no viuiria al tiempo de la vacante, y viuiendo (como oy viue) deue tenerse por llamado, y por radicado en su persona el derecho deste llamamiento, pendiente de la contingencia de poder, ò no, viuir.

717 Vnde, viuiendo, como oy viue el señor Marques, no puede dexar de radicarse en su persona este derecho, y en su defecto en la del Marques de Morata su hijo (que es lo que in simili casu ponderò Baldo in l. finali, C. de vsufructu, n. 10. vers. *Si vero est dubium*) donde hablando en el vsufructo, dexado al hijo, que se adquiere al padre, y dudando en cuya persona ha de cõsistir la permanencia, y duracion del, dicit: *Quòd quando pendet ex futuro euentu, tunc ille futurus euentus declarat penes quem remaneat, nam donec non potest remanere penes filiũ, pertinet ad patrem, & donec non potest remanere penes patrem, reddit ad filium.* Y aqui pues el llamamiento puede subsistir en la persona del señor Marques de Leganes, antes que en la de su hijo, es justo que en el surta efecto, y despues de sus dias en el Marques de Morata su hijo.

718 Y Cõduce mucho a este proposito vna doctrina vulgar de Menoch. lib. 4. præs. 67. n. 15. vbi dicit: *Quòd quando a testatore nihil est dispositum, sed est vero simile, testatorem ita disposuisse, si cogitasset, eo casu, pro disposito haberi illud, quod testator si cogitasset disposuisset.*

719 Y Pondera Menochio para su exornacion la vulgar ley tale pactum, §. fin. ff. de pact. en que vn padre casò à vna hija sola q̃ tenia, y al tiempo de la capitulacion en el dote que la ofrecio, pactò, que si ella muriesse sin hijos, huuiesse el yerno de restituirla a vn hermano propio (a quien auia instituido por heredero)

ro) y ſucedio, que deſpues el padre tuuo hijos, y mudò el teſtamento, y en el los inſtituyò por herederos, y ſe dudò, ſi el pacto de la reſtitucion de la dote, concebido en fauor del hermano heredero, ſe auia de entẽder con los hijos (a quien el deſpues nombrò por tales) y reſoluio el Cõſulto, que por la veriſimil voluntad del padre (que como eſtipulò en fauor del hermano, q̃ entonces era ſu heredero, eſtipulara en fauor de los hijos, ſi penſara q̃ los auia de tener) ſe adquirio, y entendio por hecho el pacto en fauor de los hijos, con eſtar formado en fauor del hermano, ibi; *Pater, qui dotẽ promiſsit, pactus eſt, vt poſt mortem ſuam in matrimonio, ſine liberis defuncta filia portio dotis apud hæredem ſuum fratrem remaneret, ea conuentio liberis a ſocero poſtea ſuſceptis, & hæredibus teſtamẽto relictis, per exceptionẽ doli proderit: cum inter contrahentes id actum ſit, vt hæredibus conſulatur, & illo tempore quo pater alios filios non habuit, in fratrem ſuũ iudicium ſupremum contuliſſe videatur.*

720 Y como en el caſo deſta ley ſe tuuieron por llamados los hijos, con no eſtar en ſu fauor la letra del pacto, deue en eſte tenerſe por comprehendido el ſeñor Marques; aunque lo literal de la clauſula deſta fundacion no eſtè en ſu fauor, por aſsiſtirle la veriſimil voluntad del ſeñor Conde, de que ſi penſara que auia de viuir, le llamara antes que a ſus hijos.

721 Y ſe puede alegar para eſte miſmo intento la doctrina de Gregorio Lopez in l. 21, titul. 1. part. 6. gloſ. 4. verb. *El teſtador*, verſ. *Et fecit iſta*, donde propone vn caſo de vn teſtador q̃ hizo vn mayorazgo en ſu hijo ſegundo, y para no hazerle en el mayor, dio por cauſa vn accidente (que preſupuſo auer ſucedido) y porque fue erroneo el que tomò para dexar de hazerle en el hijo mayor, ſe tuuo por excluido al ſegundo, y por llamado al mayor.

722 Vnde, ſi con no auer llamamiento expreſſo del hijo mayor, ſino del ſegundo, le tuuo Gregorio Lopez por hecho, y fue de opinion que deuio admitirſe con excluſion de ſu hermano ſegundo (con ſer expreſſamente llamado) con mas razõ admitiera en nueſtro caſo al ſeñor Marques de Leganes ſi viera que el auer el ſeñor Conde Duque llamado a ſus hijos, por preſumir que no viuiria al tiempo de la vacante.

723 Y lo confirma Gregorio Lopez con la ley 3. C. de inoficioſo teſtam. en cuyo caſo vna madre tenia hecho el ſuyo, è inſtituido a ſus hijos por herederos, y eſtando preñada, murio de parto, ſin poder mudar el teſtamento que tenia hecho, ni inſtituir al hijo recien nacido por heredero, y viendo los Emperadores Seuero, y Antonino, que por el caſo repẽtino dexò la madre de inſtituirle como a los demas, juzgaron por la veriſimil voluntad, auerſe de tener por inſtituido, ibi: *Quare filio tuo, cui nihil preter maternum fatum imputari poteſt? perinde virilem portionem tribuendam eſſe cenſemus, ac ſi omnes filios hæredes inſtituiſſet.*

724 Y con lo dicho no es de importancia alguna lo que dizen en el num. 495. de que baſta para excluſion del ſeñor Marques lo vulgar

gār de Iuān Andres in āddītionibūs ad Speculatorem tit. de testamentis, §. 1. vers. *Occurrit* ad finem, que pōderò para la exclusion de vno que pretendia tener llamamiento: *Quòd semper ei dici potest, substitutio non loquitur de te*, prout eum refert D. Molina lib. 1. cap. 4. num. 4. Porque se excluye.

725 Con la misma respuesta que dà el señor Molina a esta consideracion en el num. 24. del mismo cap. 4. donde dize: *Quòd illud procedit, ac verùm est, nisi verisimilis volūtas concurrat, ex verisimili namque disponentis voluntate, substitutio de casu ad casum extenditur, l. Titius, §. Lucius, ff. de liberis, & posthumis.* Y en el vers. *Similiter*, reconoce que en los fideicomissos se ha de mirar siempre la voluntad de los testadores, *& quòd absurdum sit asserere, auferendam esse maioratus successionem ab ea persona, cui ex verisimili institutoris dispositione apertissimè defertur, alijque aduersus eius voluntatem adiudicandam, ex eo, quod de persona ad personam fideicommissum extendendū nō sit, cū ad omnes alios casus ex mente testantis extendatur*: y finalmente en el n. 28. responde a lo vulgar: *Quod volūtas, quæ in dispositionem nō transijt, attēdēda nō sit*, deuerse entender, *quando testator nullum verbum expressit, quod saltim ex larga, ac generali interpretatione, id comprehendere possit, sed si in eius dispositione aliquod verbum vniuersale expressum fuerit, ex quo large, seu etiam impropriè ea voluntas comprehendi possit, tunc voluntas ex tali verbo deducta attendenda, & consideranda est, etiam si ad aliam expecificam, seu indiuiduam dispositionem testator non transierit.*

726 Ac per consequens, assistiendo aqui la verisimil volūtad del señor Cōde, en fauor del señor Marques, en fuerça de auer llamado a sus hijos, solo por su contemplaciō (por pensar que no viuiria quando faltassen sus descendientes llamados) no puede dezir con razon el señor Duque, que no tiene llamamiēto el señor Marques, ni le comprehende la clausula del mayorazgo del año de 642.

728 En el num. 496. dizen que es impossible que el señor Marques se comprehenda en la clausula del mem. nu. 94. en aquellas palabras, ibi: *Y faltando las hembras descendiētes de mis hermanas, llamo a los descendientes varones, y hembras de don Diego Mesia mi primo*: porque no se computa en la generacion la persona del padre; *quia non est generatio, sed causa generationis*, ex Paulo Parisio cons. 74. num. 1. & 2. vol. 3. Porque se responde.

728 Que todo lo que por su parte se pretende fundar en esta replica, es ser diferente cosa la persona del padre que la del hijo, y comēçar la linea en los hijos, y no en los padres; lo qual no tiene que ver con nuestro intento, que no es de que el señor Marques se comprehenda debaxo del llamamiento de sus hijos, y descendientes, sino de que se juzgue por llamado antes que sus hijos, por auer el señor Conde llamadolos por su cōtēplacion, por creer, ò presumir que no seria possible viuir entonces, y assi es ageno este discurso la distincion de personas que tratan de forma. Y

729 Y tambien lo es todo lo que intentan dezir en el n. 498. de q̃ en los fideicomissos no se hade hazer extẽsiõ de vna persona en otra: porque se excluye con el lugar del señor Molina alegado supra n. 718. dõde funda, q̃ en ellos se dà extẽsion de persona a persona, por solo la verisimil voluntad de los testadores.

730 Y a la ley si quis ita 16. §. si quis cum ignoraret, ff. de testamẽtaria tutela (de que se valen los Doctores que lleuan, q̃ no se ha de atẽder a la verisimil voluntad del testador) responde el señor Molina dict. lib. 1. cap. 4. n. 26. *Eius decisionem solùm in tutela admittendam esse, cum enim tutulæ datio, respectu tutoris, onus contineat, odiosaque cẽsenda sit, merito ad eum filium (de quo testator non cogitauit) extendi non potest*, y aũque a este texto da otras respuestas ibidem, tandem, en el num. 27. vers. *Verus autem*, pone estas palabras, bastantes para no deuerse hazer caso de la decision desta ley: *Ideoque lex illa, quæ in adeo diuersa materia diuersissimisque rationibus hoc disponit, ad hæredum institutiones, seu maioratuũ successiones, quibus huiusmodi rationes non militant, trahenda non est.*

731 Para exclusion del llamamiento del señor Marques, alegan la resolucion de Oratio Barbato de fideicommissis 1. p. c. 4. præcipuè, n. 24. & 27. el qual siente no comprehẽderse en la sustituciõ el padre por el hijo, ni el señor por el esclauo, como en la l. *qui liberis*, §. *hæc verba*, no se cõprehẽdierõ. Sed excluditur.

732 Cõ q̃ la razõ por la qual en el §. *hæc verba*, no fue admitido a la sustituciõ pupilar el padre por el hijo, ni el señor por el esclauo, fue porq̃ el dia que el testador instituyò por heredero al hijo, ò al esclauo (aunque al padre, o al señor por el efecto de la patria potestad, ò señorio, se adquiriesse la herencia) venia a faltarles la voluntad del testador para la sustitucion, por auerla solo tenido al hijo, ò al esclauo a quien instituyò por coheredero con su mismo hijo, como lo consideraron la glos. verbo *iudicio*, q̃ interpretò, *id est ex voluntate testatoria*, y la adicion de la glosa ibidem, verbo *ex testamẽto*, que siguio la doctrina de Bartulo en quanto tuuo que en este §. *hæc verba*, se considerò solo la voluntad del testador al heredero escrito, y no al que venia en consequencia, & idem notauit Baldo in l. finali, num. 14. vers. Item, C. de hæredib. instituend. ibi: *Affectio testatoris ostensa erat ad certum hæredem, & ideo de alio nõ intelligitur*, y Oratio Barbato dicto n. 27. vers. *Quòd, & coadiubari*, donde dixo, que por falta de voluntad del disponiente, no se concedio al padre subrrogacion en lugar del hijo.

733 Y se percibe mas claramẽte de la l. *cum filio* 3. *ff. de vulgari*, dõde hizo el testador la misma sustitucion que en el §. *hæc verba*, y sin embargo se resoluio, que aunque al padre, ò al señor por la persona del hijo, ù del esclauo, se le adquiriesse la herencia, no entraria por la sustitucion, si al tiempo de verificarse el caso della, el hijo, ù el esclauo instituido estuuiesse libre de la patria potestad, ò fuera de esclauitud, vt patet, ibi: *Itaque Dominus, cui per seruum hæreditatis portio quæsita sit, ex substitutione impuberi hæres effici non po-*

*terit, si seruus ab eius exierit potestáte*, luego el afecto de la persona fue el que se atendio para el efecto de la substitucion?

734 Secus, en nuestro caso donde assiste la voluntad del testador q̃ faltò en el §. *hæc verba*, por auerla tenido el fundador al señor Marques de Leganes, y no a sus hijos por ellos, sino por serlo de su padre, y por parecerle que quando llegasse el caso de su llamamiento podriã ellos viuir, y el padre no, y assi assistiendo aqui lo que alli faltò, no es mucho que se incluya el señor Marques en el llamamiento, aunque en el §. *hæc verba*, no subintrasse el padre en lugar del hijo, por defecto de voluntad.

735 En el num. 503. Quieren dar por motiuo para auer llamado el señor Conde a los hijos del señor Marques, y no a el mismo, la atencion que tuuo a que se juntassen a su casa de Sã Lucar las demas casas que quiso juntar por medio de los casamientos de los varones de las vnas, con las hembras de la otra, y q̃ por faltar en el señor Marques este motiuo llamò a sus hijos, y no a el. Sed respondetur.

736 Que aqui viene bien lo q̃ refiere el señor Molina dict. lib. 1. cap. 4. n. 7. de Baldo quatenus dixit: *Quòd in interpretanda voluntate testatoris diuinare non debemus*, y aqui es meramẽte diuinacion dezir lo que fingen; porque quando el señor Conde llegò a llamar los descendientes del señor Marques de Leganes, fue en caso que totalmẽte faltauan las personas entre quien deseò se efectuassen los matrimonios para la junta de las casas, y por esso llamò a los descendientes del señor Marques de Leganes, sin grauamen alguno de contraer matrimonio con ninguna hembra, y por el consiguiente el auer llamado los descendientes del señor Marques, y no a èl, no pudo ser por la causa que quieren colegir, sino por la de auer presumido, que no viuiria entonces.

737 Vnde, auiendo sido esta, y no otra, es preciso reconocer, que viuiendo oy el señor Marques, deue suceder primero que sus hijos, como persona que conforme a la voluntad del señor Conde, fuera mas priuilegiado, si huuiera entendido q̃ podia viuir.

738 Por ver que no pudiendo ser sucessor el señor Marques de Leganes, es preciso lo sea el Marques de Morata su hijo, dizen desde el n. 505. que no se ha verificado, por no auerse efectuado los empleos de la renta, y faltar de cumplirse los llamamiẽtos antecedẽtes al de los descendientes del señor Marques, y que siempre quiso el señor Conde estuiesse pendiente la sucession, mientras pudiesse auer hembra de la casa de Oliuares, y que aunque la sucession, no lo puede estar conforme la ley final, ff. commun. prædiorum, cessa su efecto, quando ay volũtad expressa delos testadores ex D. Molina lib. 3. cap. 10. nu. 31. como aqui la huuo, pues el señor Cõde Duque en diferentes clausulas dexò preuenido este caso, señalando administradores que administrassen los bienes, mientras estuuiesse in pendenti la sucession, y ser negatiuo el llama-

mamiento de los descendientes del Marques de Leganes, por estar concebido debaxo de la condicion negatiua de faltar todos los sucessores antecedentemente llamados, y las descendientes hembras que huiesse, y pudiesse auer de la casa de Oliuares. Sed respondetur.

739 Que todo quanto en esta parte se dize por los Abogados del señor Duque, està satisfecho en nuestro primer papel desde el n.24. hasta el 51. con que pudieramos escusar el trabajo de la repeticion.

740 Y por no aumentarle, nos contentamos con dezir, que todos los fundamentos que por esta parte se representan, son los mismos que puso el señor Molina en el cap. 10. ex num. 16. hasta el num. 25. en la disputa que trata sobre si se ha de atender para la inclusion de los llamados a la qualidad del tiempo de la vacante, ò a la que despues sobreviene, que funda por ambas partes, & tandem ex num. 39. vers. *Sed his omnibus non obstantibus*, queda con la primera sentencia: *Quòd is qui tempore mortis vltimi possessoris proximior invenitur, irreuocabiliter in maioratu succedere debeat, adeo vt si ex post facto alius proximior inveniatur, successio non sit ab illo avocanda.* Y en el num. 40. responde de vna vez a todos los referidos fundamentos en que estriua la replica del señor Duque, que fueron los mismos que el señor Molina puso en defensa de la segunda opinion con estas palabras: *Ex quibus infertur, quod quanuis in alijs dispositionibus conditiones negatiuæ non censeantur esse purificatæ, donec constiterit impossibile esse, illas adimpleri posse, & quod non adimpleantur, nisi per reductionem ad impossibile: in primogeniorum tamen successione, illas pro impletis habendas esse, si tempore mortis vltimi possessoris adimplet. nō sunt, nam cum ex primogeniorum natura conditiones vocationum, secundum tempus mortis intelligendæ, atque cōsiderandæ sint, vt superius ostensum est, succedit regula: quòd quando certum tempus conditionibus negatiuis adiectum est, solum illud est expectandum, vt substituto in defectum illius conditionis locus fiat, l. quidquid astringendæ, §. si stipulatus ff. de verb. obligat. l. si peculium, §. fin. cum similibus, ff. de statuliber. sicq; dictas leges in specie de qua agimus, declarauit Paulus de Castro dict. cons. 16. nu. 9. lib. 2. Et est demente omnium scribentium, qui hanc partem sequuntur, qua consideratione obseruata, quæ verissima est, & ex omnibus regulis, quas pro prima parte adduximus cōprobatur, hæc nostra opinio euidens, atque indubitata redditur, ex eaque respondetur ad omnia fundamenta, quæ pro secunda opinione adducta sunt, quæ tendunt ad probandum, quod conditio non est purificata, nec successio transferri potest in sequentē, donec est spes, quod primo loco vocatus admitti posit, cum enim conditio tempore mortis vltimi possessoris purificata sit, nec aliud tempus expectari debeat, constat eam ad casum de quo agimus adaptari non posse.*

741 De manera que el dia que murio el segundo Marques de Mayrena, vltimo posseedor, y descendiēte del señor Conde Duque, y que no huuo hija hembra descendiente del se-

señor don Luis Mendez de Haro (a quien inmediatamente huuiesse de venir la casa de Oliuares, ò que la posseyesse) que se pudiesse casar con el Duque de Medina de las Torres, ò con su inmediato sucessor, y faltaron todos los casos de los llamamientos, no puede dexar de entrar a suceder el señor Marques de Leganes, ò el de Morata su hijo, por ser literal su llamamiento, en defecto de todos los llamados antecedentemente.

742 Sin que pueda ser de consideracion dezir, que no estando hechos los empleos, aunque al tiempo de la vacante no huuiesse hija hembra del señor don Luis Mendez de Haro, inmediata, ò indubitable sucessora de la casa de Oliuares, deue esperarse a que la casa entre otra vez en hembra descendiente del señor don Luis, para que casandose conforme a su voluntad sea sucessora en la casa de San Lucar, como se dispone en la clausula, mem. nu. 92. Porque se responde.

743 Que quando el señor Cõde Duque llegò a reconocer en la clausula, mem. num. 87. que podian faltar sus descendientes legitimos, ò la descendencia de los naturales, ò espurios, considerò dos casos, vno antes de estar comprada la renta, y hechos los empleos, y otro despues de estar comprada.

744 Y en el primero dispuso, que si huuiesse hembra descendiente del señor don Luis inmediata, ò indubitable sucessora, ò actual possecdora de la casa de Oliuares, casasse con el Duque de Medina de las Torres y Toral, ò con su inmediato, ò indubitable sucessor, y efectuandose este matrimonio sucediessen en su casa de San Lucar sus descendientes, y en caso de faltar varon en la dicha casa, buscò otros con quien se casasse la tal hembra, y no queriẽdo contraer con ninguno, se continuassen los empleos, y reempleos, y se esperasse a que la casa de Oliuares entrasse otra vez en hembra.

745 Y en el segundo de estar empleada toda la renta, si huuiesse otra vez hembra en la casa de Oliuares, que no pudiesse, ò no quisiesse casarse en la forma dicha, no se aguardasse mas a que la casa de Oliuares entrasse otra vez en hembra, y en defecto deste segundo caso, llamò a la hembra inmediata, ò indubitable sucessora de la casa de Leganes, para que se casasse con el varon de la casa de Toral, ò con el de la de Villa-Manrique, y en caso de no poder, ò no quererse casar, se esperasse otra vez a que en la casa de Oliuares huuiesse hẽbra que se pudiesse casar con el varon de la de Toral, y en el de faltar descendientes hembras, ò auiendolas, dexando de casarse como lo tenia dispuesto, llamò a las descendientes hembras de sus hermanas, con la misma condicion de casarse con varon descendiente de aquellas casas, y en falta destas hembras, llamò a los descendientes varones, y hembras del señor Marques de Leganes, aunque no sucediessen en la casa de Oliuares.

746 Estos son los casos que preuino el fundador, y ninguno de estos sucedio, porque al tiempo que faltò el vltimo posseedor, descen-

diente

diente del señor Conde Duque, nò huuo en la casa de Oliuares hija hēbra indubitable sucessora del señor don Luis, que pudiera casarse con el inmediato sucessor de la casa del señor Duque de Medina de las Torres, y assi no ay necessidad de esperar a que aya otra vez hembra en la casa de Oliuares, que pueda casarse: porque la prouision especial, hecha por el señor Conde Duque, en razon de que se esperasse otra vez a q̃ entrasse la casa en hembra, fue debaxo del presupuesto referido de auerla auido al tiempo de la vacante del vltimo posseedor, y no auerse querido casar con el varon de la casa de Medina de las Torres, y auiendo faltado este caso, que fue el preuenido por el fundador, y todos los demas que preuino de los casamientos de la hembra, indubitable sucessora de la casa de Leganes, y de las hembras hijas de sus hermanas, llegò el del llamamiento del señor Marques de Leganes, ù del Marques de Morata, porque enlas materias perpetuas, aunque se caduquen, y desvanezcā los llamamientos antecedentes, no por esso dexan de subsistir, y permanecer los subsiguientes, ex D. Molina lib. 3. cap. 6. num. 39. vbi dicit: *Quòd quādo plures, vnus post alium, ad alicuius fideicommissi successionē vocantur, atque vocatio primi in causam caduci deuenit, ex eo quod ipse in vita testantis mortuus fuit, nihilominus tamen sequentes ex proprijs vocationibus succedent.*

747 Y a la replica que en contrario se haze, de que no solo estan puestas en condicion las hijas hembras del señor don Luis inmediatas sucessoras de su casa, ò posseedoras della, sino todas quantas tuuiesse, y que estas no han faltado: està respōdido en nuestra primera informaciō ex n. 32. y tan concluyentemente, q̄ no se necessita de mas satisfacion.

748 Nec dicatur, que auiendo dispuesto el señor Conde por la clausula, mem. n. 44. se fuessen empleando, y reempleando sus rentas hasta que se pusiessen fixamente 150ꝧ. ducados, libres de toda carga, y hasta estar ajustada no goçasse ningun sucessor della, y estando por cumplir, no ha llegado el caso de la sucessión. Se responde.

749 Que en todo este mayorazgo no ay clausula alguna que impida a los llamados el efecto de la sucessión, ni la entrada de su llamamiento, porque como parece de la clausula puesta en el mem. n. 74. el señor Conde instituyò por heredera vniuersal, su casa, y mayorazgo de S. Lucar la Mayor, en todos los bienes villas, vassallos, alcaualas, y juros. Y en la del mem. n. 75. dexò por vsufructuaria a la señora Cōdesa su mugér, y despues de sus largos dias, ordenò sucediessen en su mayorazgo su hijo mayor varon, y sus descēdiētes legitimos, y formò todos los llamamientos perpetuos, y sucessiuos. q̄ se hallan puestos en el mem. ex nu. 76. Y aunque la casa de San Lucar, mientras durarē los empleos, se juzgue por vsufructuaria, no por esso puede dexar de darse al sucessor la possession de los Titulos, Estados, y honorifico dellos, y de todo lo demas, suspendiendole solo el goze de la renta, porque al instituido para dia cierto, ò incierto (cō no juzgarse

por heredero hasta q̃ llegã el dia) nõ se le impide la nuda possessiõ, ex l. *si quis instituatur* 23. *ff. de hæred. instit.* ibi: *Bonorum possessionẽ agnoscere potest*, ni al heredero condicional, *l. 2. § si sub conditione, ff. de bonor. possess. secundũ tabullas*, ibi: *Si sub conditione hæres institutus filius sit, Iulianus Peræque putauit, secundum tabullas competere ei, quasi scripto bonorum possessionem, qualis qualis conditio sit, etiam si hæc, si nauis ex Asia venerit*, y por ellas resuelue Antonio Gomez lib. 1. variar. cap. 2. num. 13. que no solo procede su disposicion en el hijo instituido por heredero sub conditione, sino tambien en el heredero estraño, y lo mismo Pedro Surdo en el consejo 125. num. 57. vers. *Respondeò*, y en el consejo 439. nu. 24. & 25. vol. 3. Iacobo Menochio cõs. 105. num. 50. vol. 1. Francisco Nigro Ciriaco controuers. 550. per totam, que habla en vn caso de auer vn testador mandado que por tiempo de quince años se arrendasse su hazienda, y passados instituyò por heredero a Marco Iudice, y resuelue, q̃ se le pueda dar la possession al heredero desde luego, reseruando, ò impidiendole el goce de los frutos de los quince años (q̃ es lo mismo que aqui se deue hazer) dando la possession al señor Marques, y dexando a los administradores la facultad de los empleos, y al sucessor la nuda possession de lo Honorifico, y de los Titulos, y Patronazgos, y todo lo demas que no mirare a goce de renta: porque como dixo Angelo in l. hæreditas ex die 34. ff. de hæredib. instituend. num. 2. circa finem, no es incompatible que en vno estè el goce del vsufructo, y en el otro, el derecho directo de la sucession.

750 Y se conoce muy bien el poco derecho del señor Duque, pues sin tener vtilidad alguna en el mayorazgo del año de 642. para que no suceda el señor Marques anda negandole su llamamiento, y quiere que el de Morata solo le tenga, y para que no entre el de Morata, dize q̃ no ha llegado el de su sucession, y quiere estè suspensa hasta que aya a quiẽ toque, sin conocersele otro fin, mas que solo el que considerò la l. in fundo, ff. de rei vindicatione, ibi: *Nihil laturus, nisi vt officiat*, el qual en Tribunal tan supremo no se deue admitir, ni excepciones exclusiuas del tercero, quando con ellas no se incluye el que las opone, vt notat Antonius Thesaurus decis. 4. nu. 4.

751 De todo lo dicho resulta ser tan segura la justicia del señor Marques, y de sus descendiẽtes, que no parece possible se dè la possessiõ por el testamento nulo del año de 645. y se niegue a quien assiste la disposicion clara del año de 642. Y assi esperamos se ha de declarar en fauor del señor Marques, dandole la tenuta del Estado de San Lucar, cõforme a la disposicion hecha con tã deliberado acuerdo, y maduro juizio a que la señora Condesa quiso se estuuiesse, como quien tan enterada estaua de la voluntad del señor Cõde. Salua in omnibus, &c.

*Lic. D. Iuan Muriel de Berrocal.* *Lic. D. Gabriel de Prado.* *Lic. D. Antonio de Castro.* *Lic. Paulo de Victoria.*

# TABLA, Y SVMARIO DE LOS PVNTOS MAS NOTAbles que se fundan en esta informacion.

## PRESVPVESTOS EN EL HECHO.

1 REfierense las concessiones de las tercias hechas por los señores Reyes al cõuento de Guadalupe, fol. 1.

2 Clausula de no enagenar puesta en el priuilegio de los señores Reyes Catolicos, fol. 1.

3 Las tercias son dos nouenosenteros sin diminuciõ, quod latè exornat, fol. 1.

4 Refierense los fraudes que se han hecho, y hazẽ contra las tercias, fol. 1.

5 Pretension del señor Fiscal, y del conuento, fol. 2.

6 El Obispo, Dean, y Cabildo se defienden, pretendiendo que estan en costumbre inmemorial de repartir en la forma que reparten, fol. 2.

7 Diuision desta informaciõ en dos articulos, fol. 2.

## Primus Articulus.

8 REquisitos con que se ha de prouar la inmemorial, fo. 2

9 Muestrase que en los quarẽta años de vista no concurren terminos abiles por la prohibicion de enagenar, y decreto irritante que contiene el priuilegio, fol. 2.

10 La clausula de decreto irritante impide la enagenacion, y anula la prescripcion, fol. 2.

11 Distincion notable en este caso, y ponderase vna decisiõ de Crecencio, fol. 3.

12 Ponderãse las palabras del dicho priuilegio en que se haze la dicha concession a los religiosos que entonces eran, y fuessen adelante, fol. 3.

13 Tantos son los priuilegios, quantos los Priores, y religiosos que sobreuienẽ, y assi la negligencia de vnos no daña à otros, fol. 3.

14 Põderase para esto vna decision de Emilio Veralo en terminos de vn priuilegio concedido al cõuento de Guadalupe, fol. 4.

15 Declaranse las palabras, *Entera y cumplidamente*, puestas en el priuilegio, fol. 4.

16 Ponderanse las palabras, *Todas las tercias*, fol. 4.

17 Las palabras del priuilegio denotan que el Rey lleuaua las

las tercias enteras, fol. 5.
18 No se puede auer prescripto estas tercias, por estar mixto el derecho del Rey por la conseruacion de los capellanes, folio 5.
19 Y tambien por el derecho de los religiosos presentes y futuros, a quiẽ los passados no pudierõ prejudicar, quod latè ostẽditur, fol. 5.
20 La prescripcion se funda en la mora de no pedir, fol. 7.
21 De algunos lugares del Aciprestazgo de Truxillo se han pagado al monesterio los dos nouenos enteros, con que se ha conseruado el derecho en los demas, fol. 7.
22 La costumbre auia de ser vniforme para que procediera la prescripcion, fol. 7.
23 Auiendo el monesterio satisfecho de su parte, ha conseruado el Rey la possession ciuil, y directo dominio, con lo qual no ha podido proceder la prescripcion. fol. 8.
24 Quandiu dominus recognoscitur à vassallo, nulla potest currere præscriptio ob negligẽtiam feudatarij, fol. 9.
25 La concession de las tercias hecha al dicho monesterio, se ha de juzgar por feudal, folio 9.
26 Muestrase el interes de su Magestad, en que no se prescriba contra el monesterio, folio 9.
27 Por derecho lo q̃ el Principe dona a la Yglesia, es inalienable, aunque concurrã las causas con que se pueden enagenar otros bienes de la Yglesia, fol. 9.
28 Respuesta a la l. si ita quis, §. ea lege. ff. de verbor. obligat. y prueuase por otras razones que la prohibieron de enagenar las dichas tercias, induze nulidad de lo que en contrario se hiziere, fol. 9.
29 Annuæ præstationes datæ sub aliqua conditione, nõ præscribuntur respectu futuri temporis, etiam immemoriali consuetudine, fol. 10.
30 Aplicacion desta dotrina, fol. 10.
31 Quãdo cõcurren dos prohibiciõ de enagenar, es cosa llana que no puede preceder prescripcion, fol. 10.

# Secundus Articulus.

Primera respuesta. fol. 11.

32 LA Concession de las tercias se hizo a los Reyes por los gastos de las guerras en defensa de la Yglesia, fol. 11.
33 Auiendo los Reyes cumplido de su parte, y la Iglesia gozado desta defensa, no puede auer prescripto, fol. 11.

Segunda

## Segunda respuesta. fol. 11.

34 LA l.1.tit.21.lib.9. recopil. se ha de entender prouandose la inmemorial con los requisitos necessarios, fol.11.

35 El Obispo, Dean, y Cabildo, han sido y son administradores, y ansi no pueden auer prescripto, quod late exornatur, fo. 12.

36 Expendirur tex. optimus, in cap.1. de consuet. lib.6. fo.12.

37 Para q̃ empeçara la prescripcion, era necessario que se huuieran pedido los dos nouenos enteros, y que se huuiera negado la paga, fol.13.

## Tercera respuesta, fol. 13.

38 EL Obispo, Dean, y Cabildo, no solo han sido administradores, sino tambien compañeros, y esto bastaua para impedir la prerscipcion, fol.13.

39 Entre los compañeros, se dan dos acciones, vna singular, para que cada año se vean los libros, otra general, para fenecer la compañia, y esta segunda nũca se prescribe, fol.13.

40 La prescripcion no empieça hasta q̃ se dissuelue la cõpañia, fol.14.

41 Por derecho canonico, aũ despues de dissuelta la compañia, no procede la prescripcion, fol.14.

42 En estos derechos negatiuos, para que procediera la prescripcion, era necessario que el Rey pidiera sus dos nouenos, y que se le negaran, fol.14.

43 En los actos permissiuos està implicito el vso del derecho de no permitir, fol.15.

## Quarta respuesta, fol. 16.

44 PARA que procediera la prescripcion, se auia de prouar ciencia y paciẽcia de su Magestad, y del Conuento, fol. 16.

45 Lo qual procede tambiẽ en la inmemorial, fol. 16.

46 Por la inmemorial no se presume ciẽcia de las cosas que se hazen ocultamente, mayormente en el Principe, fol. 16.

47 La mas verdadera opiniõ es, que prouãdo la inmemorial, no se presume la ciencia, sino se prueua indiuidualmente, fol.16.

48 Ponderase el modo con que se articula la ciẽcia, por las partes contrarias, y muestrase q̃ no la prueuan, fol.17.

49 Era necessario que las partes contrarias protestarãn q̃ repartian ansi, iure proprio, fo.17.

50 Ponderase la ocultacion que han afectado las partes cõtrarias en el modo de los repartimientos, fol.18.

51 Iusta ignorancia compete restituciõ en este caso, intra quadriennium, el qual es vtil a tempore scientiæ, fol.18.

52 Que calidades ha de tener la ciencia, fol.19.

53 No ay testigo que deponga

¶ ga

ga la ciencia en particular, f.19.

54 Era necessario prouar que el Monasterio auia tenido ciencia conuentualiter, fol.19.

55 Respuesta a lo que se opone, de que la ciencia de los ministros se reputa por ciẽcia del Principe, fol.20.

56 Ponderase vna pregunta del interrogatorio cõtrario, para q̃ no ha auido ciencia, fol.21.

57 Su Magestad y el Conuẽto, siempre que entendieron se les hazia algun fraude pusieron pleyto, fol.21.

48 De que se infiere que no tuuieron ciencia ni paciencia, y que lo mismo hizieran en lo demas, si llegara a su noticia, fo.21

59 Ponderase el pleyto de la castaña para conuencer la ocultacion y dolo de las partes contrarias, fol.22.

60 Para mas comprouacion de la justa ignorancia de su Magestad, se haze ponderacion de la venta q̃ hizo al Duque de Alua de las tercias del medio lugar de Aldeanueua del camino, fol.22.

61 Por el pleyto de la dehessa del Sapillo, se cõuence, q̃ el Monasterio nunca tuuo ciencia del modo del repartir. fol.23.

Quinta respuesta, fol.23.

62 Clausula del testamento de la señora Reyna Catolica acerca de las tercias, fo.23.

63 Esta clausula comprehen de Obispos y Cabildos, fol. 24.

64 El testamento de la Reyna Catolica interrumpio la prescripcion, fol.24.

65 Modo de interrumpir la prescripcion de los derechos incorporales, fol.24.

66 Aplicase la respuesta a la l. 1. tit.21. lib.9. reco. fol.25.

67 El Emperador y don Felipe Segundo, mandaron guardar la clausula del testamento de la Reyna Catolica, fol.25.

68 La prescripcion de las partes contrarias, no es antecedente a las clausulas, fol.25.

69 Es sin duda q̃ el Principe puede derogar a la prescripciõ fol.25.

70 La clausula del Emperador, inhabilitò la materia para la prescripcion, fol.26.

71 Ponderase la l.5. C. de fund. rei priu. lib.11. fol.26.

72 Por la incorporaciõ se adquirio derecho a la corona, f.26

73 La inmemorial no obra sobre dos especialidades, fol. 27.

74 Refierese la clausula derogatoria puesta en el testamento del Emperador, fol.27.

75 Muestrase que comprehende las leyes futuras, fol.27.

76 La l.1. tit.21. lib.9. reco. no tiene clausula derogatoria, fol. 28.

77 Don Felipe Segundo puso en su testamento la misma clausula que el Emperador, fol. 28.

78 Concordia entre las clausulas y la ley del Reyno, fol.28.

Sexta

Sexta respuesta, fol. 28.

79 EN Las prestaciones annuas no se prescribe el derecho negatiuo de no pagar, respeto de las pagas futuras, cuyo dia no ha llegado, fol. 29.

Septima respuesta, fol. 29.

80 FVndase, q̃ las partes cõtrarias han tenido mala fee, fol. 29.

81 El titulo vicioso impide el efeto de la prescripcion, fo. 29.

82 Aunque la prescripciõ sea inmemorial es preciso requisito el de la buena fee 29.

83 La mala fee se prueua, por auerse hecho la distribuciõ cõtra derecho, fol. 29.

84 Y bastaua ser notorio q̃ las tercias son dos nouenos, fo. 29.

85 Por la confusion de las copias se prueua la mala fee, quod late exornatur, fol. 29.

86 Tambien por no mostrar libros autenticos de los repartimientos, fol. 30.

87 Respuesta à lo que alegan; de que los archiuos de la Iglesia se quemaron, fol. 30.

88 Que obligaciones tiene el administrador que ha de dar quentas, fol. 31.

89 Por la inspeccion de los libros consta del dolo y ocultacion, fol. 32.

90 Consuetudo male ordinãdi rationes non releuat, fol. 32.

91 Traese vna condiciõ, que ponian en los arrendamientos para conuencimiento del fraude, y ocultacion, fol. 32.

92 Expenditur ad idẽ, la ocultaciõ del libro del Bezerro, f. 33.

93 Ponderase para lo mismo la escritura de ereccion de compañeros, fol. 33.

94 Lo que quitã a las tercias, aunque dizen lo dan a la fabrica, lo cierto es q̃ se quedan con ello las partes contrarias: lo qual se conuence por varias razones, fol. 33.

95 Conuẽcese el fraude y dolo de no auer puesto a la fabrica en las copias generales, y responde a la ponderacion de las particulares que se han presentado, fol. 34.

96 Respõdese a la ponderaciõ de vna copia del año 561. fo. 34.

97 Satisfazese a la replica de dezir, que como administradores de la fabrica incluyan en su parte la suya, y que despues se la dauan, fol. 34.

98 Cautelas de que han vsado las partes contrarias para vsurpar la parte que quitan a las tercias, fol. 35.

99 En los pleytos que truxeron entre si el Obispo y Cabildo nunca hizieron mencion de la fabrica, fol. 35.

100 Repartimiento que hazẽ de sus mil ducados cada año, a titulo de seguir pleytos, y la causa porque no reparten a su Magestad, fol. 35.

Lo que defalcan indeuidamẽ-

te a

te a las tercias, a titulo de Azedurias, fol. 35.

102 De los dichos repartimiẽtos no ay cuenta, ni razon de en que se gastan, quod ab omni ratione abhoret, fol. 36.

103 La mala fee se prueua por la confusion con que estã escritos los repartimienros. fol. 37.

104 El admiuistrador no puede prescribir el no dar cuentas, fol. 37.

105 Põderase para la mala fee lo que ponen en la cabeça de los repartimientos, fol. 38.

## Octaua respuesta, fol. 38.

106 ES Requisito de la inmemorial que no aya sido interrumpida, ad quod adducitur optima l. 1. tit. 15. lib. 4. Recopilat. fol. 38.

107 La distinciõ de Molina no se compadece con la dicha ley, fol. 38.

108 La prescripcion estâ interrũpida muchas vezes de varias maneras: lo primero por las clausulas de la señora Reyna Catolica y Emperador, fol. 38.

109 Lo segundo, por auerse pagado en tres lugares los dos nouenos enteros, y refierese el motiuo que para esto han tenido las partes contrarias. fol. 39.

110 Lo tercero, por auerse dado parte a las tercias, aunq̃ no todo lo que auian de auer, quod latê exornatur, fol. 39.

111 Respondese a los autores q̃ se traen en cõtrario en este proposito, fol. 40.

112 Respuesta a las executorias litigadas con el Conde de Medellin, fol. 41.

113 En los quarenta años vltimos tambiẽ ha auido interrupcion por el pleyto de la dehessa del Sapillo, fol. 41.

114 A los testigos contrarios se les ha de quitar el tiempo que passò post motam litem. fo. 41.

## Nona respuesta, fol. 42.

115 LOs testigos contrarios no prueuan la inmemorial, quod pluribus ostẽditur, fol. 42.

## Cosas de que no se dà parte alguna a las tercias, fol. 42.

116 FVndase el agrauio que se haze a las tercias en no repartilles parte alguna de ciertos diezmos, fol. 42.

117 El mudarse la cultura, no varia el derecho de la percepcion de los diezmos, fol. 42.

## Azedurias, y gastos vniuersales. fol. 43.

118 FVndase quan notorio agrauio es repartir a las tercias lo que llaman azedurias, y gastos vniuersales, fol. 43.

